

L'Infraction Pénale

dans le fonctionnement des Services Publics

Contribution à l'étude jurisprudentielle
des Responsabilités de la Puissance Publique et de ses Agents

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 20 Mai 1939, à 14 heures

PAR

Didier-Louis LIARD

JURY:

Président : M. MESTRE, Professeur.
Suffragants { MM. HUGUENEY, Professeur.
SIBERT, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

SOCIÉTÉ ANONYME

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1939

L'infraction pénale
dans le fonctionnement des services publics



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554635_0086

L'Infraction Pénale

dans le fonctionnement des Services Publics

Contribution à l'étude jurisprudentielle
des Responsabilités de la Puissance Publique et de ses Agents

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 20 Mai 1939, à 14 heures

PAR

Didier-Louis LIARD

JURY :

Président : M. MESTRE, Professeur.
Suffragants { MM. HUGUENEY, Professeur.
SIBERT, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

SOCIÉTÉ ANONYME

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1939

La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.



Abréviations

Cass. Req., Civ., Crim. — Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre des Requête, Chambre Civile, Chambre Criminelle.

C. d'Etat. — Arrêt du Conseil d'Etat.

C. de Préfecture. — Arrêté du Conseil de Préfecture.

D. H. — Dalloz, Recueil hebdomadaire.

D.P. — Dalloz, Recueil périodique.

Gaz. Pal. — Gazette du Palais.

Gaz. Trib. — Gazette des Tribunaux.

Rec. Gaz. Pal. — Recueil de la Gazette du Palais (mensuel).

Rec. Gaz. Trib. — Recueil de la Gazette des Tribunaux (mensuel).

R. — Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon).

R. D. P. — Revue de Droit Public.

S. — Recueil Sirey.

T. des Conflits. — Arrêt du Tribunal des Conflits.

Introduction

1. La possibilité de l'infraction pénale dans le fonctionnement des services publics. — 2. Intérêts, principes et problèmes en cause. — 3. La nécessité d'étudier distinctement et successivement la responsabilité pénale et la responsabilité civile. — 4. Limites et division générale du sujet.

1. — Il arrive qu'une infraction pénale, contravention, délit ou crime, soit commise au cours ou à l'occasion du fonctionnement d'un service public, et que l'individu qui a accompli les faits constitutifs de l'infraction, le délinquant, soit un agent de la puissance publique.

Un maire, sur le tableau rectificatif de la liste électorale, fait suivre le nom d'un électeur radié, de l'énoncé d'un jugement correctionnel qui a motivé cette mesure : il peut être reconnu coupable du délit de diffamation (1). Des membres de la commission administrative d'un hospice commettent, dans leur gestion, des détournements, au sens de l'article 175 du Code Pénal (2). Un agent des Ponts et Chaussées provoque la mort d'un enfant en actionnant un pont-levis jeté sur un canal : homicide par imprudence (3). Un maire fait couper ou abattre des arbres qu'il sait appartenir à autrui, délit prévu et réprimé par les articles 445 et 446 du Code Pénal (4). Des ouvriers, détruisant par le feu les broussailles d'un chemin

1. — (1) Cass. Crim., 20 février 1896, S. 1897, 1, 473.

(2) T. des Conflits, 7 décembre 1918, *Cassagne*, R. p. 115.

(3) Douai, 4 mars 1935, D. P. 1936, 2, 53 et la note de M. WALINE.

(4) T. des Conflits, 14 janvier 1930, *consorts Degeilh et autres*, Gaz. Trib. 31 mai 1930.

privé appartenant à une commune, provoquent un incendie dans une forêt voisine, faits prévus et réprimés par l'article 458 du Code Pénal (5). Le directeur d'une poudrerie nationale néglige de faire les déclarations et de produire les certificats médicaux au sujet d'ouvriers victimes d'accidents par le fait du travail : contravention aux dispositions de la loi du 9 avril 1898 (6). Un officier, conduisant une voiture automobile de l'armée pour les besoins du service, ne respecte pas le droit de priorité d'un cycliste et le renverse : blessures par imprudence (7).

Dans ces diverses espèces, la qualité du délinquant, et les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise sont-elles de nature à modifier les règles de droit privé qui déterminent la responsabilité pénale et la responsabilité civile ?

2. — Les règles du droit privé sont elles-mêmes, parfois, délicates à établir. Il suffit, par exemple, d'évoquer le problème de l'unité ou de la dualité des fautes pénale et civile, ou de considérer les conditions particulières dans lesquelles la jurisprudence interprète, en matière d'accidents d'automobile, le principe de l'autorité au civil de la chose jugée au criminel, pour constater l'importance et la difficulté des questions soulevées. Or, dans l'hypothèse envisagée ici, la puissance publique entre en jeu et son intervention impose des principes et des techniques juridiques originaux. La complexité du problème résulte de sa situation « aux confins du droit pénal, du droit civil et du droit administratif » (1).

(5) Cass. Req., 2 juillet 1929, S. 1930, 1, 21.

(6) Cass. Crim., 20 juillet 1907, D.P. 1909, 1, 361.

(7) T. des Conflits, 6 décembre 1937, *Champeil*, Gaz. Trib., 21 mai 1938.

2. — (1) MESTRE, note sous Cass. Civ., 27 novembre 1918, S. 1921 ; 1, 353.

Cette complexité s'affirme et se justifie à l'examen des intérêts en cause. L'ordre social exige que toute infraction pénale soit réprimée, mais, en même temps, que les services publics soient assurés : or, les conditions de leur fonctionnement peuvent entraîner, sinon nécessiter des infractions pénales. Faudra-t-il punir un fonctionnaire diligent ? Si, comme il arrive le plus souvent, de l'infraction pénale résulte un dommage pour un tiers, il faut décider quel patrimoine — celui de l'agent ou celui de la puissance publique — doit supporter la charge de la réparation civile. Mais les garanties de la victime dépendent de ce choix.

Une autre difficulté du problème tient à ce que sa solution ne peut être cherchée indépendamment de plusieurs principes fondamentaux du droit public et du droit privé. Il ne saurait plus être question aujourd'hui de faire échec à l'égalité des citoyens devant la loi pénale en soustrayant les fonctionnaires aux poursuites pénales. Mais il ne faut pas davantage que, sous le couvert de poursuites et de jugements répressifs, l'autorité judiciaire puisse connaître des actes de l'administration et transgresser la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. La personnalité des peines, l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil s'imposent de la même façon.

Enfin, l'examen de la question révèle les liens qui l'unissent à quelques-uns des problèmes essentiels du droit public : nature juridique de la fonction publique, fondement de la responsabilité de la puissance publique, valeur respective des dispositions législatives formelles et des principes fondamentaux du droit public, — tous problèmes qui devront être résolus avant que d'aborder celui qui est ici posé, ou qui se trouveront résolus par la position adoptée dans celui-ci.

3. — Il s'articule, au reste, dans la théorie générale de la

responsabilité, et plus spécialement dans la théorie de la responsabilité de la puissance publique, dont il n'est qu'un aspect, limité et compliqué tout à la fois par l'élément pénal. C'est dire qu'il a d'ores et déjà été examiné non seulement par tous les auteurs qui ont cherché à dresser un tableau d'ensemble du droit public (1) et par ceux qui ont particulièrement envisagé la responsabilité de la puissance publique et de ses agents (2), mais aussi par les civilistes qui ont traité de la responsabilité civile en général (3). Il ne semble pas, toutefois, qu'aient toujours été dégagés les éléments propres au cas où la faute retenue est une infraction pénale, ni que les conséquences attachées à cette circonstance aient toujours été mises en lumière. L'étude entreprise ici a pour objet de préciser ces différents points.

-
3. — (1) BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 12^e ed., p. 85 et ss. ; BONNARD, *Précis de Droit administratif*, 1935, p. 85 et ss. ; DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3^e ed., t. II ; HAURIU, *Précis de Droit Administratif*, 12^e ed., p. 85 et ss. ; JÈZE, *Les Principes généraux du Droit Administratif*, III, 3^e ed. p. 81 ; WALINE, *Manuel élémentaire de Droit Administratif*, 1936, p. 605 et ss.
- (2) APPLETON, *Traité élémentaire du Contentieux Administratif*, 1927 et supplément 1936, n^{os} 122 et ss. ; P. COT, *La responsabilité des fonctionnaires publics*, Thèse, Paris, 1921 ; DEBEYRE, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique*, Thèse, Lille, 1936 ; Y. DIVANACH, *La responsabilité civile des fonctionnaires*, Thèse, Rennes, 1935 ; DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938 ; DUPÉYROUX, *Faute personnelle et faute du service public*, Thèse, Paris, 1922 ; LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e ed., t. I, p. 674 et ss. ; t. II, p. 156 et ss. ; LUCHET, *L'arrêt Blanco*, Thèse, Nancy, 1935 ; MATHIOT, *Les accidents causés par les travaux publics*, Thèse, Paris, 1934 ; A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de la responsabilité pénale*, Thèse, Paris, 1899 ; MICHOUX et TROTABAS, *Théorie de la personnalité morale*, 3^e ed., t. II, p. 257 ; TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, 1906 ; TIRARD, *La responsabilité de la puissance publique*, Thèse, Paris, 1906.
- (3) LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e ed. § 1383 et ss. H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. II.

Elle pourrait se limiter à la recherche des conditions dans lesquelles une infraction pénale commise par un agent de la puissance publique au cours ou à l'occasion du service, entraîne des dommages-intérêts à la charge de l'agent ou de la puissance publique : c'est l'angle sous lequel la question est le plus souvent évoquée. Il ne l'éclaire pas cependant dans son ensemble. Prendre pour point de départ l'infraction établie et sanctionnée pénalement, ou raisonner comme si les faits constitutifs d'une infraction pénale mais n'ayant pas donné lieu à poursuites pénales, avaient reçu une sanction pénale, c'est, de propos délibéré, ignorer les difficultés qui résultent, même au regard de la procédure et de la loi pénales, de cette qualité particulière du délinquant et des circonstances exceptionnelles qui entourent, expliquent, peut-être justifient l'infraction.

Par ailleurs, l'examen le plus superficiel de la jurisprudence de la Cour de Cassation, du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits révèle que l'existence d'une infraction pénale et sa sanction par les juridictions répressives ont longtemps simplifié le problème des réparations civiles, en les mettant, ipso facto, à la charge de l'agent délinquant. La doctrine a longtemps considéré comme élémentaire le cas de l'infraction pénale, au point même de le prendre avec le dol, comme la base à la fois la plus sûre et la plus nette des distinctions relatives au départ des responsabilités civiles de l'agent et de la puissance publique. Le problème qui nous occupe, dans ces conditions, ne se posait guère que sur le terrain pénal.

4. — Ainsi s'impose, en cette matière, l'étude des deux responsabilités, pénale et civile. Pour être menée à bien, cette étude doit être poursuivie distinctement et successivement selon l'ordre : responsabilité pénale, responsabilité civile. Distinctement, parce qu'elles ne mettent pas en jeu les mêmes règles, les mêmes juridictions, les mêmes procédures. Suc-

cessivement, parce que la responsabilité pénale influe encore aujourd'hui sur les responsabilités civiles. Les recherches, dont les résultats sont exposés, ne comprennent pas les cas où les infractions sont commises par le Président de la République, ou des ministres, non plus que par des agents de l'autorité judiciaire, cas prévu dans des textes spéciaux. Elles sont groupées sous deux titres :

Titre Premier : La responsabilité pénale en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement d'un service public.

Titre Deuxième : La responsabilité civile en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement d'un service public.

TITRE PREMIER

La responsabilité pénale
en cas d'infraction pénale commise dans
le fonctionnement des services publics

TITRE PREMIER

La responsabilité pénale en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement des services publics.

GÉNÉRALITÉS

5. Le problème est, en droit positif, limité à la responsabilité pénale de l'agent. — 6. La responsabilité pénale de la puissance publique est concevable. — 7. Division du Titre premier.

5. — La répression des infractions pénales s'exerce au moyen de peines qui sont infligées au délinquant. Ces peines sont diverses et d'inégale importance, depuis l'amende jusqu'à la mort (1). Il est certain que les rédacteurs du Code Pénal n'ont eu en vue que leur application à des personnes physiques. L'amende exceptée, elles ne peuvent, au reste, s'appliquer qu'à elles seules. Dans ces conditions, il semble que le problème de la responsabilité pénale, tel qu'il se pose dans l'hypothèse ici envisagée, doive se limiter à la responsabilité pénale de l'agent de la puissance publique.

6. — Cependant, une personne morale, dotée d'un patrimoine, peut effectivement engager sa responsabilité civile et être condamnée à verser à des tiers, victimes de ses agissements, des dommages intérêts. La jurisprudence administrative a tendu, depuis quarante ans surtout, vers une application de plus en plus large du principe aux personnes morales de

5. — (1) Articles 7, 8, 9, 464 du C. Pén.

droit public. Or dès l'instant que l'on admet la possibilité d'infliger à une personne morale la charge civile des dommages-intérêts, on aperçoit mal les obstacles pratiques qui interdiraient de lui infliger la sanction pénale de l'amende, puisqu'elle se traduirait, en fait, par un appauvrissement de son patrimoine. Par ailleurs, rien n'empêche, a priori, de concevoir, devant la multiplication des personnes morales et le développement de leur activité, la création d'un droit pénal qui leur serait spécialement applicable, assorti de sanctions appropriées, telles que l'interdiction de certains droits comparables aux « droits civils, civils ou de famille » visés par l'article 9 du Code Pénal, ou même la dissolution, équivalente pour la personne morale à la mort (1).

Mais ce que l'esprit peut concevoir et le législateur réaliser lorsqu'il s'agit de personnes morales de droit privé, devient difficilement concevable et réalisable lorsqu'ils'agit de personnes morales de droit public, et surtout de la plus considérable de toutes, l'Etat. Comment concilier la notion qui les supporte avec une activité délictueuse ? Quelles juridictions faudra-t-il saisir ? Quelles sanctions faudra-t-il appliquer ? Ces difficultés n'ont pas arrêté, dans leur effort de construction juridique, plusieurs auteurs qui ont d'ailleurs trouvé dans quelques décisions de jurisprudence comme les premières pierres de l'édifice à bâtir (2) .

7. — Pour ces motifs, il est possible, et même utile, d'étudier successivement dans un chapitre premier : la responsabilité pénale de l'agent de la puissance publique, et dans un chapitre second, la responsabilité pénale de la puissance publique.

6. — (1) V. infra, n^{os} 38 et ss.

(2) V. notamment : MESTRE, *Faute administrative et faute pénale*, Dalloz Hebdomadaire, 1935, Chroniques, p. 65.

CHAPITRE PREMIER

La responsabilité pénale de l'agent de la puissance publique

GÉNÉRALITÉS

8. Le principe de la liberté des poursuites pénales contre les agents de la puissance publique et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. — 9. Division du Chapitre premier.

8. — Toute infraction pénale peut entraîner des poursuites pénales contre l'individu qui en est présumé l'auteur responsable. Cette règle conduit à dire qu'une faute pénale commise dans le fonctionnement d'un service public met en jeu la responsabilité de l'agent qui en est l'auteur.

Mais on peut admettre que certains faits constitutifs d'une infraction pénale aux termes de la loi perdent le caractère par cela seul qu'ils sont nés du fonctionnement d'un service public. Il serait juste alors de soustraire l'agent à la répression pénale. Mais encore faudrait-il dégager le criterium qui permette de distinguer l'infraction pénale du fait de service. Or, la conscience juridique moderne n'admet plus celui qui serait fondé sur la seule qualité d'agent de la puissance publique. Le principe de la liberté des poursuites pénales contre les fonctionnaires s'impose par là même. Mais il va à l'encontre du principe non moins établi de la séparation des autorités administrative et judiciaire, au nom duquel la connaissance des actes de l'autorité administrative est interdite à l'autorité judiciaire.

9. — La loi et la jurisprudence ont du concilier ces deux principes. Comment d'une part le principe de la liberté des poursuites l'emporte sur le principe de la séparation des pouvoirs en ce qui concerne l'introduction de l'instance et, dans une certaine mesure, la détermination de la compétence ; comment, d'autre part, le principe de la séparation des pouvoirs reprend son empire lorsqu'il s'agit non plus de citer, mais de juger un fonctionnaire délinquant, c'est ce que révèle l'étude successive de la procédure pour la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'agent de la puissance publique (Section I) et des conditions auxquelles peut être reconnue cette responsabilité pénale (Section II). Il ne semble guère possible d'atténuer, sur le terrain du droit pénal, la rigueur du système vis-à-vis des agents de la puissance publique (Section III).

SECTION I

LA PROCÉDURE POUR LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'AGENT

§ 1. — Introduction de l'instance

10. L'ancien régime de l'autorisation préalable selon l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. — 11. L'application de l'article 75 par la Cour de Cassation et par le Conseil d'Etat. — 12. L'abrogation de l'article 75. — 13. La liberté des poursuites pénales contre les agents de la puissance publique. — 14. Les limites actuelles de la liberté des poursuites.

10. — Le principe de la liberté des poursuites contre les agents de la puissance publique ne date que de 1870. Le droit romain avait prévu pour eux, dans plusieurs cas, une procédure spéciale (1). Par la pratique du droit d'évocation, le fonc-

10. — (1) PLANTÉ, *De la mise en jugement des fonctionnaires*, Thèse, Toulouse, 1910, p. 15.

tionnaire, sous l'ancien régime, pouvait être soustrait aux poursuites de droit commun (2). La Révolution proclama la séparation des pouvoirs et le droit intermédiaire élaborà les textes qui devaient en assurer le respect. La loi des 16-24 août 1790 ne visa pas seulement à protéger l'acte administratif, mais aussi l'administrateur, lorsqu'elle édicta : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, sous peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer les administrateurs à raison de leurs fonctions ». La loi des 7-14 octobre 1790 décida qu' « aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure conformément aux lois ». L'autorisation préalable aux poursuites contre les fonctionnaires était ainsi instituée.

Ces lois s'appliquaient aux poursuites pénales et la jurisprudence suivie par le Directoire est mise en lumière dans un arrêté du 16 Floréal An V: « De ce que l'autorité judiciaire ne peut s'arroger le droit de s'immiscer dans les fonctions administratives, il ne résulte pas que les administrateurs qui ont commis des délits dans l'exercice de leurs fonctions doivent rester sans punition, mais que c'est au Directoire exécutif qu'il appartient, d'après l'article 96 de la Constitution, de décider si les délits par eux commis comme administrateurs donnent lieu à des réparations ou à des peines dont la poursuite doive être renvoyée devant les tribunaux, qu'ils ne peuvent connaître des actes d'administration réputés délits, soit qu'ils aient été commis par des administrateurs seulement, soit même qu'ils l'aient

(2) ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du Droit français*, 15^e ed., p. 507.

été par des administrateurs conjointement avec d'autres citoyens, sans que le Directoire exécutif ait renvoyé l'affaire et les prévenus devant les tribunaux conformément à l'article 196 de l'acte constitutionnel » (3).

L'article 75 de la Constitution de l'An VIII confirma le système en uniformisant la procédure d'autorisation : « Les agents du gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Ce texte, auquel la jurisprudence voulut reconnaître un caractère administratif et non constitutionnel, survécut aux différents régimes et aux Constitutions qui se succédèrent avec eux au cours du XIX^e siècle. Il caractérisa, pendant plus de soixante dix ans, la matière juridique de la responsabilité des fonctionnaires.

11. — L'étude de la jurisprudence qui s'établit sous l'empire de ces dispositions révèle l'ancienneté des difficultés qui demeurent encore soulevées aujourd'hui (1). Avant de rappeler ses principaux traits, il importe de préciser les conditions dans lesquelles fonctionnait le système. Elles sont exposées dans un décret du 9 août 1806 § 3 : « Les dispositions de l'article 75 de l'Acte Constitutionnel de l'An VIII ne font pas obstacle à ce que les magistrats chargés de la poursuite des délits informent et recueillent tous les renseignements relatifs aux délits commis par les agents du Gouvernement dans l'exercice de leurs fonc-

(3) Cité par LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e ed., T. I, p. 209.

11. — (1) Cette étude a été réalisée dans deux ouvrages historiques : DEPAULE, *Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires*, Thèse Toulouse, 1902, et PLANTÉ, Thèse Toulouse, 1910, auxquels ont été empruntés la plupart des arrêts cités au texte.

tions ; mais il ne peut être, dans ce cas, décerné aucun mandat, ni subi aucune interrogation juridique, sans l'autorisation préalable du Gouvernement ». Ainsi, lorsque l'affaire était transmise par le Parquet au Conseil d'Etat aux fins d'autorisation, elle avait déjà fait l'objet d'un début d'information : le Tribunal administratif pouvait se prononcer, en fait, sur la culpabilité de l'agent délinquant.

La Cour de Cassation tenta de dégager, peu à peu, des principes qui auraient permis de limiter le domaine d'application du système. Un premier point, tout d'abord, fut affirmé : l'article 75 visait les poursuites pénales. Ce n'est pas à dire qu'une certaine résistance ne se manifesta pas parmi les tribunaux répressifs. « Magistrats et jurés semblent avoir redouté comme un fléau social, la mise hors de l'ordre commun d'une classe nombreuse de citoyens » (2). Mais la Cour de Cassation exigea l'application rigoureuse du principe, et la question se posa au contraire de savoir si, comme plusieurs arrêts l'affirmaient, il ne devait pas être limité aux seules poursuites pénales (3). La Cour de Cassation reconnut et maintint qu'il valait au civil comme au criminel (4).

En second lieu, il ne devait pas s'appliquer à tous les agents de la puissance publique. D'abord restreinte aux « fonctionnaires qui sont tellement sous la dépendance du Gouvernement qu'ils ne peuvent jamais avoir, dans l'exercice de leurs fonctions habituelles et journalières, d'autre opinion que la sienne, ni tenir une conduite opposée à celle qu'il leur trace, soit par lui-même, soit par ses agents supérieurs » (5), la garan-

(2) DEPAULE, *op. cit.*, p. 124.

(3) Pau, 14 juillet 1831 ; Paris, 7 mai 1833, cités au Répertoire Dalloz, V^o Mise en jugement des fonctionnaires.

(4) Cass. 31 juillet 1829 ; 8 août 1840 ; 30 juillet 1861, *eod. loc.*,

(5) Cass. Crim. 26 décembre 1807.

tie fut étendue peu à peu jusqu'à englober tous les agents du Gouvernement qui, « dépositaires de son autorité, agissent en son nom et sous sa direction médiate ou immédiate, et font partie de la puissance publique » (6). Le répertoire des fonctions « garanties » comprit vite presque toutes celles à propos desquelles se greffent les difficultés contentieuses : Préfets et Sous-Préfets, Maires et Adjoints, Agents des régies financières, Commissaires de police, Gardes forestiers, Agents des postes, Agents des Ponts-et-Chaussées, Directeurs de Maison Centrale, Consuls, Vérificateurs des poids et mesures, Inspecteurs des Halles et marchés, Receveurs municipaux, Agents voyers...

Enfin, il fallait interpréter strictement la formule employée par l'article 75 et qui ne visait que les « faits relatifs aux fonctions ». C'est ainsi que ne fut pas maintenue une première interprétation du texte, qui tendait à exiger l'autorisation du Conseil d'Etat dès l'instant que l'infraction pénale avait été commise par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, ou seulement même sur le territoire sur lequel il avait compétence administrative (7). La Doctrine s'opposa à cette conception : « Le fait n'est relatif aux fonctions que lorsqu'il renferme une application quelconque du pouvoir qu'elles confèrent, lorsqu'il constitue un acte accompli par l'agent dans sa qualité ou en vertu de son mandat » (8). La formule n'excluait pas le cas de l'infraction pénale qui peut se produire non pas dans l'exercice des fonctions, mais au cours de l'exercice des fonctions. C'est ce qu'exprimait la Cour de Cassation dans un arrêt qui place,

(6) Cass. Crim. 23 juin 1831, Bull. Crim. 1831, p. 258 ; 3 mai 1838, Bull. Crim. 1838, p. 178.

(7) C. d'Etat, 3 Nivôse An XI, cité au Répertoire Dalloz, V^o Mise en jugement des fonctionnaires ; 12 novembre 1806, *Landwain*, R. p. 4 octobre 1823.

(8) HÉLIE, *Traité de l'Instruction Criminelle*, Paris, 1848, T. III, § 164.

sans ambiguïté, le problème sous son véritable jour : « Attendu que l'article 75 n'exige pas que les faits à raison desquels les poursuites ont été intentées aient eu lieu dans l'exercice des fonctions de l'agent ; que s'il en était ainsi, cet article resterait toujours sans application, puisque le droit de commettre un délit quelconque ne peut faire partie d'aucune fonction publique... » (9). L'infraction pénale ne peut pas se confondre avec l'exercice des fonctions, mais on admettait que certaines infractions pénales étaient trop liées à l'exercice des fonctions pour que l'administration ne fût pas mise à même, avant toute poursuite, de décider si la nécessité de sanctionner une infraction pénale ne devait pas s'effacer devant la nécessité de sous-traire à la connaissance de l'autorité judiciaire des actes ou des faits qui rentrent dans l'exercice des fonctions. On admettait franchement l'impossibilité, dans certains cas, de sanctionner pénalement une infraction pénale, parce que, dans l'échelle des principes juridiques, on plaçait la règle de la séparation des pouvoirs au-dessus de la règle en vertu de laquelle toute infraction pénale doit être sanctionnée.

Mais, en fait, il est presque impossible de dégager les principes généraux qui étaient à la base des décisions du Conseil d'Etat. Le système autorisait l'arbitraire le plus absolu et le Conseil d'Etat n'était pas, à l'époque, en mesure de s'opposer aux ordres du Gouvernement. Cet arbitraire est manifeste dans nombre de décisions qui, sous l'Empire, ne sont même pas motivées. Il n'en apparaît pas moins dans une série d'arrêts dans lesquels le Conseil se prononce, en réalité, sur la culpabilité de l'agent. Il examine, par exemple, les motifs invoqués dans la plainte et les estime insuffisants (10) ; ou

(9) Cass. Crim., 7 mai 1846, Bull. Crim., p. 169.

(10) C. d'Etat, 16 juillet 1817, CHAUDRON, R. p. 250 ; 8 juillet 1818, *Gradal*, R. p. 381.

bien, il estime que les faits allégués ne sont pas prouvés (11). Dans d'autres circonstances, il écarte l'action pénale lorsqu'une sanction administrative, une punition disciplinaire a déjà été infligée à l'agent délinquant (12). Il admet enfin une excuse propre au fonctionnaire lui-même: force majeure (13), ignorance (14), imprudence (15), négligence (16), bonne foi (17), caractère gratuit des fonctions (18).

12. — Il est inutile de rechercher comment serait interprété aujourd'hui l'article 75 de la Constitution de l'An VIII par un Conseil d'Etat qui se targue, à juste titre, en matière contentieuse, d'une indépendance absolue vis-à-vis du Gouvernement. Les abus auxquels il se prêta jadis ne furent pas sans soulever une très violente opposition qui, sous le Second Empire, devint de plus en plus vive. Un des premiers actes du Gouvernement provisoire fut la suppression du trop célèbre article 75. Le décret-loi du 19 septembre 1870 la réalisa en ces termes dans son article 1^{er} : « L'article 75 de la Constitution de l'An VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre. »

Ce régime, dit de la liberté des poursuites, est toujours en vigueur. Il place dans le système de droit commun, quant

(11) C. d'Etat, 13 février 1816, *Garrigue*, R. p. 13; 11 décembre 1816, *Bohner*, R. p. 152.

(12) C. d'Etat, 18 mars 1818, *Lebail et Yves*, R. p. 334; 8 août 1821, *Martin*, R. p. 242.

(13) C. d'Etat, 6 mars 1816, *Georges*, p. 20.

(14) C. d'Etat, 23 octobre 1816, *Jacques*, R. p. 136.

(15) C. d'Etat, 15 mars 1818, *Monot*, R. p. 194.

(16) C. d'Etat, 16 juillet 1817, *Dupré de St-Maur*, R. p. 243.

(17) C. d'Etat, 16 février 1816, *Comte*, R. p. 7.

(18) PLANTÉ, op. cit., p. 124.

aux poursuites pénales ou autres, les agents de la puissance publique. La garantie « réelle », qui vise l'acte administratif, subsiste seule ; la garantie « personnelle » n'existe plus.

13. — Il convient donc de rappeler ici brièvement les règles qui gouvernent l'introduction d'une instance pénale. Elle peut être engagée par le ministère public, ou par le particulier lésé. Le Code de Procédure réserve, en effet, aux particuliers, la possibilité de mettre en mouvement l'action publique (1). Aux termes de l'article 63 du Code de l'Instruction Criminelle, toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut se constituer partie civile dans la plainte adressée au juge d'instruction et provoquer, par cela même, l'ouverture d'une information. Si le dommage a sa cause dans un délit ou dans une contraveniton, la partie a même le droit, selon les articles 145 et 182 du Code d'Instruction Criminelle, de citer directement le prévenu devant le tribunal correctionnel ou de police, qui se trouve ainsi compétent pour condamner à la fois à la peine et à des dommages intérêts. « En saisissant la juridiction répressive de l'action civile qui lui appartient, la victime d'une infraction met en mouvement l'action publique qui appartient à la société, lorsque cette action n'est pas intentée, de sorte que toute constitution de partie civile a pour effet, dans notre système de procédure, de vaincre l'inertie du ministère public et de le forcer à agir » (2). Certes, le ministère public a seul qualité pour conclure au point de vue de l'intérêt public, mais le tribunal est et demeure saisi, il peut donc statuer contrairement à ces conclusions.

13. — (1) Voir SAVIDAN, *De la mise en mouvement de l'action publique par les particuliers*, Thèse, Rennes, 1934.

(2) GARRAUD, *Précis de Droit criminel*, 15^e ed. p. 333.

Ainsi l'action publique peut être aujourd'hui librement exercée contre les agents de la puissance publique, sur l'initiative du ministère public ou à la requête de la victime. Le Conseil d'Etat veille à ce que cette liberté ne soit pas entravée par la mauvaise volonté d'une administration qui se refuserait à livrer le nom de l'agent délinquant. Dans une espèce *Le Cloahec*, l'administration des Postes et Télégraphes avait refusé de faire connaître le nom d'un de ses agents, coupable de n'avoir pas remis un télégramme, relatif à une adjudication, destiné à un soumissionnaire, par collusion avec un autre soumissionnaire. L'administration soutenait qu'une peine disciplinaire avait été infligée à l'agent et constituait la seule sanction possible. Le Conseil d'Etat n'a pas adopté ce point de vue, et a condamné l'administration à des dommages-intérêts pour n'avoir pas voulu livrer le nom du coupable (3).

14. — Est-ce à dire que tous les faits des agents de la puissance publique qui, en quelque côté, s'apparentent à des infractions pénales, sont à coup sûr l'objet d'un jugement des tribunaux répressifs ? Il s'en faut de beaucoup.

« Le ministère public dispose, même s'il est convaincu de l'existence du délit, d'un certain pouvoir d'appréciation. C'est le principe de l'opportunité des poursuites, opposé au principe de la légalité. Dans certains pays étrangers, notamment en Allemagne, le principe de la légalité est en vigueur (C. pen. § 152, al. 2) ; quand une infraction à la loi pénale a été commise, l'exercice de l'action publique est obligatoire. Nous préférons la règle contraire. Au cas de délits peu graves, des poursuites qui font naître le scandale peuvent avoir plus d'incon-

(3) C. d'Etat, 7 juillet 1922, *LE CLOAHEC*, S. 1922, 3, 33, et la note de M. HAURIU.

vénients que d'avantages » (1). Ce principe de l'opportunité des poursuites est d'importance en notre matière. De fait, les Parquets se montrent souvent beaucoup plus timides que le Conseil d'Etat et éloignent les plaideurs de la juridiction répressive (2). Dans une espèce *Dupont et époux Franoux* (3), le Conseil d'Etat estime que les faits reprochés au défendeur, — en l'occurrence, un individu qui exerçait les fonctions de maire avait fourni de mauvais renseignements sur des tiers, — sont totalement étrangers à ses fonctions de maire et ne sauraient, dans ces conditions, engager sa responsabilité ; or, il est précisé, dans la requête, que le Procureur de la République avait refusé d'engager des poursuites judiciaires parce que le Maire avait, selon lui, agi en qualité de chef de l'administration municipale.

de mettre directement ou indirectement en mouvement l'action

Par ailleurs, des facilités qui sont données à la partie lésée publique, il ne résulte pas qu'elle puisse porter devant les juridictions répressives tous les faits qu'il lui plaira de qualifier elle-même crimes, délits ou contraventions. Il appartient au juge d'instruction d'apprécier la valeur de l'accusation d'après la pertinence des faits allégués. A défaut, le tribunal prendra toute décision utile pour rejeter les demandes qui lui paraîtraient dès l'abord mal fondées. La règle est suivie par le Tribunal des Conflits (4), comme par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation (5).

Enfin, un privilège de juridiction subsiste. En apparence,

14. — (1) DONNEDIEU DE VABRE, *Traité élémentaire de Droit Criminel*, p. 631.

(2) Cass. Crim. 23 janvier 1914, S. 1916, 1, 89 et la note de M. ROUX.

(3) C. d'Etat, 14 mai 1930, *Dupont et époux Franoux*, R. p. 505.

(4) T. des Conflits, 14 janvier 1930, *Degeilh*, Gaz. Trib., 31 mai 1930 ; 4 juillet 1932, *dame Damiens*, D.P. 1933, 3, 1, et la note de M. APPLETON.

(5) Cass. Crim. 26 janvier 1933, D. H. 1933, p. 166.

il consiste à confier à une juridiction supérieure le jugement des crimes et délits commis pendant l'exercice de leurs fonctions, ou même hors de l'exercice de leurs fonctions, par certains agents de la puissance publique, dont l'énumération, en dehors des agents de l'autorité judiciaire, ne comprend plus aujourd'hui que les Préfets et les Sous-Préfets. Aux termes de l'article 483 du C. Instr. Crim., quand l'un de ces fonctionnaires sera prévenu d'avoir commis dans l'exercice de ses fonctions un délit comportant une peine correctionnelle, le premier président de la Cour d'appel, sur réquisitions du Procureur Général, désignera pour connaître des poursuites, un tribunal du ressort de la Cour autre que celui dans le ressort duquel le prévenu exerce ses fonctions. Et l'article 484 précise que lorsque ces fonctionnaires seront prévenus d'avoir commis un crime emportant la peine de forfaiture ou autre plus grave, les fonctions ordinairement dévolues au juge d'instruction et au procureur de la République seront immédiatement remplies par le premier président et le procureur général près la Cour d'Appel.

Ces dispositions constituent, à n'en pas douter, une entrave à la liberté des poursuites contre les fonctionnaires qu'elles concernent. La citation directe n'est plus possible, puisque seul le procureur général peut saisir la Cour. La jurisprudence est solidement établie dans ce sens, encore qu'elle puisse paraître contraire aux termes généraux et catégoriques du décret du 19 Septembre 1870; elle ne semble pas devoir être modifiée (6). Aussi bien, en matière administrative, les articles incriminés ne visent que quelques fonctionnaires, et les exemples offerts par la jurisprudence ont trait à des circonstances où où, manifestement, des poursuites pénales seraient abusives (7)

(6) Voir APPLETON, *op. cit.*, n° 124.

(7) Cass. Crim., 17 mars 1881, D. P. 1881, 1, 281; 4 juillet 1884, D. P. 1885, 1, 129; 21 juin 1889, D. P. 1889, 5, 263.

§ 2. — La Compétence

15. La reconnaissance de la responsabilité pénale dépend de la compétence des tribunaux de droit commun. — 16. La Cour de Cassation gardienne du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire en matière de poursuites pénales. — 17. L'interdiction du conflit dans les matières criminelle et correctionnelle. — 18. La validité du conflit élevé sur l'action civile; ses effets sur l'action publique.

15. — En matière pénale, la question de compétence résoud en grande partie la question de responsabilité. Soustraire à la compétence des tribunaux répressifs de droit commun des infractions pénales, c'est dénier aux faits qui les constituent le caractère même d'infraction pénale. Il ne s'agit plus que d'infractions « imparfaites », dénuées de sanctions. Le problème est donc différent de celui qui se pose en matière civile aujourd'hui, mais le rejoint tel qu'il se présentait avant que fût généralisé le principe de la responsabilité civile de la puissance publique. La distinction faits personnels, faits de service aboutissait alors à la distinction entre faits susceptibles de donner droit à réparations pécuniaires et faits non susceptibles de donner droit à pareilles réparations. Mais l'existence d'une juridiction capable de reconnaître la responsabilité civile de la puissance publique — le Conseil d'Etat — a permis le développement de cette responsabilité. En matière criminelle, l'unité de juridictions répressives et les difficultés théoriques qu'on rencontre dans l'élaboration des règles relatives à la responsabilité pénale de la puissance publique (1) ne permettent pas de prévoir l'établissement prochain d'une dualité de responsabilités pénales parallèles aux responsabilités civiles.

Donc, sous réserve de la compétence exceptionnelle des

15. — (1) Voir. infra, n° 40 et ss.

juridictions militaires et des juridictions maritimes, les agents de la puissance publique coupables d'infractions pénales ne peuvent être traduits que devant les tribunaux de droit commun : tribunal de simple police pour les contraventions, tribunal correctionnel pour les délits, cour d'assises pour les crimes. Le problème de la compétence n'en doit pas moins être résolu avant toute question de fond par la juridiction saisie. La Cour de Cassation exerce, en l'espèce, son contrôle souverain. La procédure du conflit peut intervenir, dans une certaine mesure.

16. — Les arrêts de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation témoignent, dans leur rédaction, d'un respect formel de la séparation des pouvoirs. Elle tient à affirmer l'obligation pour la juridiction répressive d'examiner les faits allégués sans que sa compétence soit définitivement fixée par la qualification que leur attribue la victime (1). Et la lecture des arrêts rendus sur des poursuites contre des fonctionnaires témoigne du soin jaloux avec lequel la Cour de Cassation en-

16. — (1) Cass. Crim., 26 janvier 1933, D. H. 1933, 166 : «... attendu qu'il est du devoir du juge de motiver sa décision sur chaque chef de conclusions des parties; attendu que le Préfet de la Somme a pris devant la Cour d'Appel des conclusions soutenant formellement que les faits qualifiés à tort par la citation de violation de domicile et bris de clôture se confondaient avec l'exécution d'un arrêté du Conseil de Préfecture, acte administratif; attendu que ces conclusions mettaient la Cour en demeure de rechercher si les faits incriminés se détachaient nettement de l'acte administratif; qu'il appartient au juge d'envisager les faits dans leurs rapports avec la loi pénale et les règles de compétence lorsqu'il ne peut vérifier la compétence que par l'examen des faits...». Voir supra, n° 14.

tend assurer la sauvegarde de la règle constitutionnelle (2).

17. — Cette sauvegarde est la seule, dès lors que l'instance est proprement et uniquement pénale. Le conflit ne peut alors être élevé. Les articles 1 et 2 de l'ordonnance du 1^{er} Juin 1828 édictent en effet : « A l'avenir, le conflit d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle. Il ne pourra être élevé de conflit en matière correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1^o lorsque la répression des délits est attribuée, par une disposition législative, à l'autorité administrative ; 2^o lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la compétence appartiendrait à l'autorité administrative, en vertu d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le conflit ne pourra être élevé que sur la question préjudicielle. »

L'origine de l'ordonnance de 1828 doit être recherchée

(2) Cass. Crim., 17 mars 1938, Rec. Gaz. Pal. 1938, 1, 825, Cass. Crim., 8 juin 1934, D.H. 1934, p. 196 ; Cass. Crim., 8 juin 1934, D.H. 1934, p. 398 ; Cass. Crim., 16 février 1934, S. 1935, 1, 395 ; Cass. Crim., 26 janvier 1933, D. H. 1933, p. 166 ; Cass. Crim., 20 novembre 1931, D. P. 1932, 1, 16 ; Cass. Crim. 28 mai 1930, S. 1930, 1, 393 ; Cass. Crim., 21 mars 1921, D. P. 1921, 1, 41 ; Cass. Crim., 21 mars 1918, D. P. 1921, 1, 41 ; Cass. Crim., 23 mars 1917, S. 1921, 1, 228 ; Cass. Crim., 23 janvier 1914, S. 1916, 1, 89 ; Cass. Crim., 10 juillet 1909, Bull. Crim. p. 708 ; Cass. Crim. 19 décembre 1907, Rec. Gaz. Trib., 1908, II, 1, 20 ; Cass. Crim., 14 février 1902, D. P. 1903, 1, 101 ; Cass. Crim., 3 août 1901, S. 1904, 1, 254 ; Cass. Crim., 20 février 1896, S. 1897, 1, 473 ; Cass. Crim., 24 mai 1895, D. P. 1899, 5, 150 ; Cass. Crim., 10 février 1893, D. P. 1896, 1, 215 ; Cass. Crim., 13 juillet 1889, D. P. 1890, 1, 330 ; Cass. Crim. 10 février 1888, D. P. 1888, 1, 139 ; Cass. Crim., 19 mars 1885, D. P. 1885, 1, 426.

dans les abus que les gouvernements du Directoire, du Consulat et de l'Empire avaient faits de la procédure du conflit en vue de soustraire les fonctionnaires aux poursuites pénales. Certes, les prérogatives du gouvernement étaient assurées par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Mais la Cour de Cassation, tout en accordant un domaine très vaste d'application à la garantie, veillait à ce qu'elle ne s'étendît pas aux infractions qui n'avaient pas réellement trait à l'exercice des fonctions. Par la procédure du conflit, le gouvernement pouvait soustraire, dès le début de l'instance, la connaissance de l'infraction aux tribunaux de droit commun, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle avait été commise. Il disposait ainsi d'une double garantie. Les effets de l'ordonnance de 1828 furent donc restreints tant que l'article 75 fut maintenu en vigueur. Ils se révélèrent dans toute leur ampleur avec son abrogation.

Ce n'est pas que le gouvernement n'ait parfois été tenté d'utiliser le moyen qui lui était offert, du moins en matière correctionnelle, d'entraver les poursuites pénales par l'élévation du conflit sur une question prétendue préjudicielle. Mais si le tribunal des conflits reconnaît la pleine validité de la procédure lorsqu'il s'agit vraiment d'une question préjudicielle (1), il se refuse toujours à valider l'arrêté de conflit lorsqu'il a, en réalité, pour but de soustraire le fonctionnaire à la juridiction pénale, en prétendant préjudicielle la question principale (2).

17. — (1) T. des Conflits, 1 mai 1928, *Préfet de la Moselle*, Rec. Gaz. Trib., 1929, 2, 529.

(2) T. des Conflits, 15 mai 1922, *Germain*, D. P. 1922, 3, 59 : « Considérant qu'il n'existe pas dans l'espèce de question préjudicielle et qu'aucune disposition législative n'attribue à l'autorité administrative la connaissance de faits pouvant constituer le délit de fraude en matière électorale... »

18. — Mais l'interdiction de l'ordonnance de 1828 ne vise que les matières criminelles et correctionnelles, c'est-à-dire l'action publique. Or, on a vu (1) que, dans une certaine mesure, celle-ci pouvait être déclanchée par les particuliers lésés par l'infraction pénale, lorsqu'ils utilisaient la voie de la citation directe ou celle de la plainte avec constitution de partie civile. Dans ce cas, l'action publique dépend de l'action civile. Or, le conflit doit demeurer possible sur l'action civile, quelle que soit la juridiction, civile ou répressive, devant laquelle elle est intentée (2). Par ce moyen, le gouvernement peut donc suspendre l'instance pénale contre les fonctionnaires qui ne serait engagée qu'à la requête des particuliers.

Le Tribunal des Conflits, à plusieurs reprises, a reconnu la validité de cette procédure : « ... l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} Juin 1828, en interdisant à l'autorité administrative d'élever le conflit en matière criminelle, a eu uniquement pour but d'assurer le libre exercice de l'action publique devant la juridiction criminelle et la compétence exclusive de cette juridiction pour statuer sur ladite action. Mais ce texte n'a pas eu pour but et ne saurait avoir pour effet de soustraire à l'application du principe de la séparation des pouvoirs l'action civile formée par la partie se prétendant lésée, quelle que soit la juridiction devant laquelle cette action soit portée ». (3)

18. — (1) Voir *supra* n° 13.

(2) Voir *infra* n° 53.

(3) T. des Conflits, 22 décembre 1880, *Roucanières*, D. P. 1881, 3, 17. — Dans le même sens, T. des Conflits, 15 avril 1905, *dame Debref*, S. 1907, 3, 48; 22 juillet 1909, *Carbonnel*, S. 1912, 3, 33 et *Rec. Gaz. Pal.*, 1909, 2, 207, avec les conclusions de M. FEUILLOLEY qui établissent que l'ordonnance de 1828 « n'a pas porté la moindre atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, ni permis aux parties, en les qualifiant délits, de soustraire à l'autorité administrative qui seule doit en connaître, l'appréciation d'actes administratifs. »

Le Tribunal des Conflits ne valide l'arrêté de conflit que lorsqu'il porte réellement sur des actes administratifs. C'est par l'intermédiaire de cette procédure que sa jurisprudence a apporté une contribution à la théorie de l'infraction pénale dans ses rapports avec le fonctionnement des services publics. En fait, elle n'a joué en faveur des fonctionnaires incriminés, que dans des cas exceptionnels (4). Or, ces cas exceptionnels ont été récemment exclus du domaine d'application du conflit. La loi du 7 Février 1933 modifiant l'article 112 du Code d'Instruction criminelle édicte en effet que « le conflit d'attribution ne peut jamais être soulevé et les tribunaux judiciaires sont exclusivement compétents... dans toute instance civile fondée sur des faits qui seraient constitutifs des infractions prévues par les articles 114 à 122 et 184 du Code Pénal » (attentats à la liberté et abus d'autorité).

La décision du Tribunal des Conflits ne devrait porter que sur l'action civile. Or, par hypothèse, celle-ci a déterminé la mise en mouvement d'une procédure pénale. Appartient-il au Tribunal des Conflits de l'annuler comme il lui appartient, sans contestation possible, d'annuler l'action civile ? On l'a contesté, et, semble-t-il, à juste titre (5). Comment admettre que le Tribunal des Conflits soit compétent, par exemple, pour annuler les ordonnances du juge d'instruction ? Celles-ci peuvent même avoir donné lieu déjà à un arrêt de la Chambre des mises en accusation : sera-t-il aussi déclaré nul et non avenu ? Le Tribunal des Conflits en a décidé ainsi (6). Cependant « logiquement, l'autorité judiciaire seule pourrait an-

(4) Voir *infra*, n° 31.

(5) GARRAUD, *op. cit.*, p. 368.

(6) T. des Conflits, 22 décembre 1880, *Roucanières*, précité.

nuler la plainte et les ordonnances sur le vu de l'arrêt rendu par le Tribunal des Conflits » (7).

Ainsi appliquée, la procédure du conflit constitue, en matière pénale, au bénéfice de l'autorité administrative, une garantie encore plus rigoureuse du principe de la séparation des pouvoirs que le seul contrôle assuré par la Cour de Cassation. Elle n'en constitue pas moins une entrave à l'application de la règle de la liberté des poursuites pénales contre les fonctionnaires, règle qui exige la libre intervention des particuliers lésés dans l'instance pénale.

SECTION II

LES CONDITIONS REQUISES POUR LA RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'AGENT

§ 1. — La notion de fait détachable de la fonction ou de l'acte administratif

19. Des faits peuvent perdre le caractère délictuel lorsqu'ils se rattachent à l'exercice d'une fonction publique. — 20. Il appartient à la juridiction répressive d'apprécier, du point de vue de la répression pénale, la valeur du lien. — 21. La jurisprudence du Tribunal des Conflits relative aux infractions pénales dont les éléments doivent être recherchés dans un acte administratif écrit.

19. — Lorsqu'une juridiction répressive est saisie de faits relatifs à l'exercice d'une fonction publique ou à un acte administratif, la Cour de Cassation décide qu'elle ne peut les déclarer constitutifs d'une infraction pénale que s'ils se détachent de la fonction elle-même et de l'acte administratif auquel

(7) LARROQUE, *Le conflit d'attribution*, R.D.P., 1932, p. 5.

elle a donné lieu (1). L'ancien principe édicté par la Chambre Criminelle demeure toujours vrai : « Le droit de commettre un délit ne peut faire partie d'aucune fonction publique » (2) mais il doit être, en pratique, précisé : certains faits parce qu'ils sont liés à la fonction publique ou à l'acte administratif perdent la vertu de constituer une infraction pénale.

Il serait donc inexact de dire que les faits se détachent de la fonction publique ou de l'acte administratif par la raison même qu'ils sont constitutifs d'une infraction pénale, puisque l'infraction pénale ne peut exister que si les faits présentent ce caractère d'être détachables. Toute la difficulté du problème réside dans l'appréciation de la valeur des liens qui rattachent à la fonction publique ou à l'acte administratif des faits susceptibles de constituer une infraction pénale. Cette difficulté est grande, parce qu'en dépit de la rédaction de certains arrêts (3), ce lien n'est pas nécessairement net, ni absolu (4).

20. — Or, pour apprécier la nature et la valeur de ce lien, la juridiction répressive n'est-elle pas amenée à connaître des actes de l'autorité administrative, en violation du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire ? Et cette appréciation ne doit-elle pas être renvoyée, à titre préjudiciel, à la connaissance de la juridiction administrative ? On l'a soutenu, du moins en ce qui concerne les faits inclus dans

19. — (1) Cass. Crim. 10 juillet 1909, Bull. Crim. p. 708 ; 24 mai 1895, D. P. 1899, 5, 150 ; 10 février 1893, D. P. 1896, 1, 215 ; 13 juillet 1889, D. P. 1890, 1, 330.

(2) Cass. Crim., 7 mai 1846, Bull. Crim., p. 169.

(3) Cass. Crim., 21 mars 1918, D.P. 1921, 1, 41 ; 19 décembre 1907, Rec. Gaz. Trib., 1908, 1, 20 ; Cass. Crim. 3 août 1901, S. 1901, S. 1904 1, 254.

(4) Colmar, 17 novembre 1924, D. P. 1925, 2, 59, 2^e espèce.

un acte administratif écrit (1), par exemple dans un arrêté préfectoral ou municipal, dans une délibération d'un Conseil municipal. Selon cette théorie, la juridiction répressive ne pourrait connaître des faits inclus dans un acte administratif et susceptibles de constituer une infraction pénale, qu'après que l'acte administratif eut été annulé par la juridiction administrative.

Mais cette interprétation trop stricte de la séparation des autorités administrative et judiciaire n'est pas conforme à la jurisprudence. La Cour de Cassation se reconnaît le droit de faire état de faits constitutifs d'une infraction pénale lors même qu'ils sont inclus dans un acte administratif, à la seule condition qu'ils soient sinon matériellement, du moins intellectuellement détachables de cet acte. Elle proclame qu'il ne lui appartient pas d'apprécier l'acte administratif, en effet, mais qu'elle ne se livre à aucune appréciation de ce genre en en détachant certains faits. L'acte administratif demeure intact après le jugement répressif, capable de produire tous ses effets administratifs. Sa doctrine est exposée dans les attendus suivants : « Attendu qu'il est constaté en fait qu'à l'époque où il exerçait les fonctions municipales dans la commune de G., P. a inséré dans un arrêté du... et dans la correspondance par lui adressée au Préfet de... et au Procureur de la République de... ainsi qu'au Juge de paix de... des outrages envers ces magistrats, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ; attendu que même en admettant que les lettres écrites par P. constituent des actes administratifs, il résulte des termes de l'arrêt attaqué qu'il n'a ni apprécié, ni interprété ces actes ; qu'il s'est borné à rechercher dans chacun des écrits poursui-

20. — (1) DUGUIT, note sous Bordeaux, 19 juin 1917, S. 1918-19, 2, 1.
Contra : APPLETON, note sous Cass. Crim. 21 mars 1918,
D. P. 1921, 1, 41.

vis, les éléments du délit reproché au prévenu ; que si les lois du.... font défense aux tribunaux de connaître des actes administratifs, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent lorsqu'ils sont saisis de la poursuite d'un délit apprécier les faits qui se rattachent à ces actes, les motifs qui leur ont servi de base, et la responsabilité qui peut en résulter... » (2).

21. — Le Tribunal des Conflits a été appelé à prendre position sur la question, à l'occasion d'actions civiles en diffamation intentées contre des agents de la puissance publique devant les tribunaux répressifs. Il s'est, en définitive, prononcé dans le sens indiqué par la Cour de Cassation, mais les étapes de sa jurisprudence méritent d'être rappelées, en raison des hésitations qui semblent à nouveau se faire jour dans quelques décisions récentes de juridictions de premier degré (1).

En 1877, la haute juridiction estimait encore (2) que l'autorité judiciaire n'était pas compétente pour connaître de l'action en diffamation intentée tant contre l'éditeur et l'imprimeur du Bulletin des Communes que contre le ministre de l'Intérieur, à raison de la publication dans ce journal, par ordre du ministre, du compte rendu d'une revue militaire passée par le chef de l'Etat. Il est vrai qu'un ministre était, en l'espèce, mis en cause, et que l'arrêt invoquait la notion

(2) Cass. Crim., 19 mars 1885, D. P. 1885, 1, 426; — dans le même sens et avec des attendus semblables : Cass. Crim. 20 juin 1873, Bull. crim. ,p. 314; 24 février 1873, Bull. Crim. p. 43.

21. — (1) Trib. civ. de Saint-Brieuc, 20 juillet 1937, Rec. Gaz. Pal., 1937, 2, 615; Trib. correct. de Bourgoïn, 5 novembre 1931, Rec. Gaz. Pal. 1932, 1, 204.

(2) T. des Conflits, 29 décembre 1877, *Viette*, S. 1879, 2, 309.

d'actes d'administration, voisine de celle d'acte de gouvernement.

Un an après, le Tribunal était appelé à connaître d'une action en diffamation et injures publiques intentée à la requête d'un particulier contre un maire qui avait inséré dans une délibération du Conseil municipal, des qualifications outrageantes et des imputations de faits déterminés de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération (3). Le Tribunal a estimé alors « qu'une demande ainsi formulée ne rencontre aucun obstacle dans le texte de l'article 60 du décret du 14 Décembre 1879..., qu'elle n'implique en soi l'appréciation d'aucun acte administratif, qu'elle se fonde exclusivement sur des faits qui seraient personnels au sieur D., et dont il appartient aux tribunaux judiciaires d'apprécier les caractères, suivant les dispositions générales de la loi du 17 Mai 1819... » La formule est exactement reproduite l'année suivante dans un arrêt Auduze, qui précise que « le décret du 14 Décembre 1789 a réservé à l'autorité administrative la connaissance des réclamations de citoyens tendant à faire annuler l'acte du corps municipal par lequel ils se croient lésés ; mais qu'il ne porte aucune atteinte au droit de poursuivre devant la juridiction correctionnelle les délits prévus par la loi pénale... » (4).

Par contre, dans une affaire Soleillet, le Tribunal des Conflits, en 1882, reprenait la solution de l'arrêt Viette. Il s'agissait de poursuites en diffamation et injures publiques intentées contre un gouverneur des colonies : les éléments de l'infraction devaient être recherchés dans un télégramme expédié par le Gouverneur, concernant le plaignant (5) : « Consi-

(3) T. des Conflits, 28 décembre 1878, *Moulis*, S. 1880, 2, 188. avec les conclusions de M. FLOURENS.

(4) T. des Conflits, 13 décembre 1879, *Auduze*, S. 1881, 3, 31.

(5) T. des Conflits, 22 avril 1882, *Soleillet*, S. 1884, 3, 26.

dérant que... ce télégramme exactement conforme aux instructions du Ministre de la Marine et qui participe... du caractère d'actes administratifs appartenant à ces dernières,... ; que le Tribunal Civil de la Seine n'aurait pu statuer sur la demande dirigée contre le Gouverneur qu'en interprétant ou en appréciant le télégramme du... rapproché de la décision et des instructions dont il est la conséquence... » Mais il convient de noter que, comme dans l'arrêt Viète, une décision ministérielle était mise en cause.

Quoiqu'il en soit, les tribunaux de répression, à la suite de cette nouvelle décision, marquèrent quelque hésitation, enregistrée dans des arrêts contradictoires (6) et il faut attendre l'arrêt Béraud (7) pour voir définitivement affirmée la possibilité de poursuivre un fonctionnaire lors même que les faits constitutifs du délit doivent être recherchés dans un acte administratif écrit.

§ 2. — Des liens qui permettent de détacher de la fonction publique ou de l'acte administratif des faits constitutifs d'une infraction pénale.

22. La qualité d'agent de la puissance publique. — 23. La nature des fonctions, le grade et le mode de recrutement de l'agent. — 24. L'exercice des fonctions. — 25. Le respect des prescriptions légales ou réglementaires ; l'ordre hiérarchique. — 26. La bonne foi. — 27. La nature de l'infraction. — 28. Le caractère intentionnel de l'infraction. — 29. La gravité de l'infraction.

22. — La qualité d'agent de la puissance publique ne suffit évidemment pas à elle seule à soustraire un délinquant à la répression pénale. Certains textes légaux ou réglementaires se-

(6) Cour d'Assises de l'Ariège, 19 avril 1883, D. P. 1884, 2, 80.

(7) T. des Conflits, 22 mars 1884, Béraud, S. 1886, 3, 4.

raient au reste sans portée si leur application était restreinte aux seuls particuliers (1). Par ailleurs, plusieurs articles du Code Pénal font de la qualité de fonctionnaire un élément constitutif d'infraction : articles 114 à 122 concernant les attentats à la liberté individuelle ; 123 à 126 réprimant les coalitions de fonctionnaires ; 127 à 131 relatifs aux empiètements des autorités administratives et judiciaires ; 145 à 146 visant les faux dans les passeports ; articles 166 à 198 réprimant forfaiture, soustraction, concussion, corruption, abus d'autorité, exercice illégal d'autorité ; — ou une circonstance aggravante : article 333 relatif à l'attentat aux mœurs.

Le juge ne doit évidemment pas tenir compte de la qualité d'agent de la puissance publique si l'agent s'est mis hors du service par une désobéissance formelle aux ordres qui lui ont été donnés (2). Mais il importe néanmoins qu'il analyse toujours avec soin la qualité en vertu de laquelle l'agent a cru agir, car si elle ne suffit pas, à elle seule, à le soustraire à la répression pénale, elle peut, conjuguée avec d'autres circonstances, y parvenir (3). Or il arrive que certains agents de la puissance publique exercent une activité privée compatible avec leurs fonctions officielles. Un maire peut être gérant d'un Bulletin

22. — (1) Paris, 2 novembre 1935, D. H. 1936, p. 27 : « Considérant qu'aux termes de l'article 51 de la loi du 31 mai 1924, les pilotes sont tenus, au cours de la circulation aérienne, de se conformer aux règlements relatifs à la police de la circulation de la route, aux feux et aux signaux, et de prendre toutes précautions nécessaires pour éviter les dommages ; que cette police, régie par le Titre II, lequel comprend les articles 21 et 22 retenus par la prévention, ne fait aucune distinction entre les pilotes ; que la loi précitée, qui serait d'ailleurs à peu près sans portée si son application était restreinte aux aviateurs civils, se trouve par suite applicable aux aviateurs militaires.. »

(2) Cass. Crim., 16 février 1934, S. 1935, 1, 395 ; T. des Conflits 13 juillet 1938, *Desjardins*, Gaz. Trib. 9 novembre 1938.

(3) Voir *infra*, n° 32.

municipal, et, à ce titre, publier des documents qui, bien que présentant certains rapports avec l'administration municipale, ne sont pas des actes administratifs. Il n'est dit nulle part dans la loi que le maire est gérant de droit du Bulletin municipal, s'il en existe un : si le maire est poursuivi à raison d'un texte paru audit Bulletin, il sera jugé, et le cas échéant condamné, non pas en tant que maire, mais en tant que gérant (4). Un Directeur de la Monnaie pouvait, en dehors de ses fonctions officielles, en dehors par conséquent du contrôle et de la surveillance administratifs, réaliser des opérations commerciales, telles que la fonte de lingots d'or ; au cas où il commettait une infraction pénale à l'occasion de pareilles opérations, sa responsabilité pénale ne pouvait être envisagée que selon le droit commun (5).

Mais l'analyse à laquelle doit procéder le juge est parfois minutieuse. Quels sont, par exemple, les droits exacts d'un maire en cas d'incendie ? De la combinaison des textes, il résulte que le maire n'a d'autre mission que de maintenir l'ordre pendant le sinistre : la partie technique afférente à l'extinction du feu appartient exclusivement au commandant des sapeurs pompiers. Le maire n'a donc pas à critiquer les mesures de secours prises par les sapeurs pompiers. Le fait de dire publiquement : « Vous n'êtes qu'un drôle » à leur commandant constitue le délit d'outrages par paroles prévu et puni par l'article 224 du Code Pénal (6). De même, l'analyse des fonctions de caïd en Algérie permet de constater qu'elles ne comportent aucune attribution d'ordre judiciaire : la dénonciation à laquelle ce fonctionnaire se livre d'un acte délictueux peut de la

(4) Cass. Crim., 17 mars 1938, Rec. Gaz. Pal., 1938, 1, 825.

(5) C. c'Etat, 8 août 1882, *de Rothschild*, R. p. 796.

(6) Toulouse, 29 juin 1892, D. P. 1893, 2, 41.

sorte être considérée comme calomnieuse, aux termes de la loi pénale (7). Il s'agit là de cas délicats. Très souvent, il tombe sous le sens que la qualité de fonctionnaire ne peut pas même être invoquée par le prévenu pour sa défense : rien dans les fonctions d'éclusier, par exemple, n'explique, ou ne justifie les outrages et les violences ; l'inculpation et la sanction pénale ne sauraient être discutées (8).

23. — La qualité d'agent de la puissance publique ne suffit pas, à elle seule, à soustraire un délinquant à la répression pénale, quels que soient le grade de l'agent ou l'importance de ses fonctions, son mode de recrutement. Les recueils de jurisprudence fournissent des exemples nombreux qui prouvent que tous les agents de la puissance publique sont susceptibles d'être poursuivis et condamnés, depuis un garde champêtre (1) ou un agent de police (2) jusqu'à un gouverneur des colonies (3), depuis un simple soldat (4) jusqu'à un officier supérieur (5).

La jurisprudence ne consacre aucune distinction qui serait établie sur l'origine, le mode de recrutement de l'agent. Elle

(7) Cass. Crim., 10 février 1888, D. P. 1888, 1, 139.

(8) T. des Conflits, 10 décembre 1898, *de Mirandol*, D.P. 1900, 3, 29.

23. — (1) C. d'Etat, 29 janvier 1936, *dame Papineau*, R. p. 137 ; Cass. Crim. 20 novembre 1931, D. P. 1932, 1, 16 et la note de M. APPLETON.

(2) Cass. Crim. 6 août 1932, S. 1934, 1, 58 ; T. des Conflits, 26 mai 1924, *veuve Limelli*, S. 1924, 3, 49 et la note de M. HAU-RIOU ; Cass. Crim., 15 mars 1923, D. P. 1923, 1, 137 et la note de M. APPLETON, et S. 1923, 1, 385, et la note de M. ROUX ; Cass. Crim., 23 juin 1892, S. 1893, 1, 297.

(3) Cass. Crim., 13 juillet 1890.

(4) T. des Conflits, 4 mai 1936, *dame Duplan*, Rec. Gaz. Trib. 1936, 2, 332.

(5) T. des Conflits, 6 décembre 1937, SCHMITT, Gaz. Trib., 21 mai 1938.

ne distingue pas entre le civil et le militaire, entre le militaire « appelé » et le soldat ou le sous-officier rengagé. Le caractère obligatoire ou facultatif des fonctions n'intervient pas. Pas davantage le caractère électif ou gratuit. Les maires, les adjoints et les conseillers municipaux (6), les membres des commissions administratives des hospices (7), s'ils commettent une infraction pénale dans l'exercice de leurs fonctions, sont traduits et jugés devant les juridictions répressives, dans les mêmes conditions qu'un préfet ou un sous-préfet (8), qu'un commissaire de police (9).

Mais par la force des choses, les agents subalternes, les agents d'exécution, sont particulièrement exposés à commettre certaines infractions pénales, tels que les délits d'imprudences. Le classement méthodique des espèces rapportées dans les recueils de jurisprudence permet de déceler une très forte majorité d'agents délinquants parmi les agents subalternes du service des Postes et Téléphones (10), les agents du service des

(6) Trib. correct. de Bar-le-Duc, 12 février 1936, Rec. Gaz. Pal., 1936, 1, 847; T. des Conflits, 14 janvier 1930, *Degeilh*, Gaz. Trib. 21 mai 1930; T. des Conflits, 15 mai 1922, *Germain*, D. P. 1922, 3, 59; Cass. Crim. 21 mars 1918, D. P. 1921, 1, 41 et la note de M. APPLETON; Cass. Crim., 14 février 1902, D.P. 1903, 1, 101 et la note de M. APPLETON; Cass. Crim., 20 février 1896, S. 1897, 1, 473; Cass. Crim., 12 juin 1886, D.P. 1887, 1, 41.

(7) T. des Conflits, 7 décembre 1918, *Cassagne*, R. p. 1115.

(8) Cass. Crim., 26 janvier 1933, D.H. 1933, p. 166; Cass. Crim. 16 juillet 1926, Rec. Gaz. Pal., 1926, 2, 607; T. des Conflits, 15 février 1890, *Vincent*, D. P. 1891, 3, 31.

(9) Cass. Crim., 10 juillet 1909, Bull. Crim., p. 708; Montpellier, 12 janvier 1883, S. 1883, 2, 173; T. des Conflits, 2 avril 1881, *Catta*, R. p. 403.

(10) T. des Conflits, 21 juin 1937, *Garcia di Lamazzio*, Gaz. Trib., 13 janvier 1938; Dijon, 17 novembre 1936, Rec. Gaz. Pal., 1937, 1, 119; Cass. Crim., 30 mars 1933, D. P. 1934, 1, 175 et la note de M. APPLETON; Cass. Crim., 30 avril 1932, D.H. 1932, p. 318; T. des Conflits, 24 mars 1923, *Fabry*, R. p. 312; C. d'Etat, 3 février 1911, *Anguet*, S. 1911, 3, 137 et la note de M. HAURIU.

Ponts et Chaussées et du Service Vicinal (11), les agents de divers services municipaux (Abattoirs, Eaux, Incendie) (12), les agents des services de Police (13). Mais la liste la plus longue est fournie par les arrêts ou jugements relatifs à des militaires (14).

-
- (11) Douai, 4 mars 1935, D. P. 1936, 2, 53 et la note de M. WAILINE et Rec. Gaz. Pal., 1935, 1, 816 avec les conclusions de M. l'avocat général DORLY; T. des Conflits, 27 novembre 1934, époux *Verbanck*, S. 1934, 3, 33; Nîmes, 3 avril 1933, D. H. 1933, p. 358; C. d'Etat, 22 mars 1922, *Raffineries Say*, R. p. 254; Cass. Crim., 23 mars 1917, S. 1921, 1, 228; T. des Conflits, 2 mai 1914, *Provost*, R. p. 531; T. des Conflits, 10 décembre 1898, *de Mirandol*, D. P. 1900, 3, 29; T. des Conflits, 21 novembre 1896, *Féron*, D. P. 1898, 3, 15; T. des Conflits, 31 juillet 1875, *Pradines*, S. 1875, 2, 312.
- (12) Cass. Civ., 4 avril 1938, S. 1938, 1, 150; Cass. Req., 8 décembre 1937, S. 1938, 1, 104; Conseil de Préfecture de Lille, 25 janvier 1937, Rec. Gaz. Pal., 1937, 1, 396; Cass. Civ., 24 novembre 1936, Rec. Gaz. Pal., 1937, 1, 64; Cass. Crim. 8 juin 1934, D. H. 1934, p. 398; T. des Conflits, 11 juillet 1933, *Mélinette*, S. 1933, 3, 97 et la note de M. R. ALIBERT, D. P. 1933, 3, 65 et la note de M. BLAEVOET avec les conclusions de M. ROUCHON-MAZERAT, et Rec. Gaz. Trib., 1933 II, 188 et la note de M. HONEL; Paris, 10 juin 1914, D. P. 1917, 2, 102.
- (13) Voir les arrêts cités : supra 23. — (2).
- (14) T. des Conflits, 25 juillet 1938, *Navarre*; Gaz. Trib., 27 novembre 1938; T. des Conflits, 13 juillet 1938, *Desjardins*, Gaz. Trib. 9 novembre 1938; Cass. Crim., 6 juillet 1938, Gaz. Pal. 1938, 2, 605; T. des Conflits, 6 décembre 1937, *Cornu*, Gaz. Trib. 21 mai 1938; T. des Conflits, 6 décembre 1937, *Champeil*, Gaz. Trib. 21 mai 1938; T. des Conflits, 6 décembre 1937, *Schmitt*, Gaz. Trib., 21 mai 1938; T. des Conflits, 25 octobre 1937, *consorts du Terrail*, Gaz. Trib., 14 avril 1938; T. des Conflits, 4 mai 1936, *dame Duplan*, Rec. Gaz. Trib. 1936, 2, 332; T. des Conflits 4 mai 1936, *Martinot*, Rec. Gaz. Trib. 1936, 2, 334; T. des Conflits, 30 mars 1936, *consorts Marladot*, Rec. Gaz. Trib., 1936, 2, 263; Douai, 23 janvier 1936, Rec. Douai, 1937, p. 74; Trib. correct. de la Seine, 27 novembre 1935, Rec. Gaz. Pal., 1935, 2, 932; T. des Conflits, 4 juillet 1935, *veuves Chiron et Marquet*, R. p. 1248; Bastia, 11 mai 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935, 2, 257; Paris, 15 mai 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935, 2, 257; T. des Conflits, 14 janvier 1935, *Thépaz*, S. 1935, 3, 17 et la note de M. ALIBERT; C. d'Etat, 29 juin 1934, époux *Lallement*, R. p. 753; Cass. Crim., 16 février 1934, S. 1935, 1, 395; C. d'Etat, 17 janvier 1934, *dame Cartier*, R. p. 86; T. des Conflits, 27 février 1933,

24. — L'exercice des fonctions publiques ne suffit pas davantage, à lui seul, à soustraire un délinquant à la répression pénale. Le principe est formellement respecté par la jurisprudence (1). Le lieu où le crime ou le délit ont été commis — établissement militaire ou administratif, par exemple, — ne confère pas aux agents de la puissance publique le bénéfice d'une sorte d'exterritorialité. Mais il peut cependant intervenir dans la qualification pénale de l'infraction. En exprimant une appréciation défavorable sur la moralité d'un particulier au cours d'une séance du Conseil d'administration du territoire du Cameroun appelé à donner son avis sur une demande d'achats de terrains formée par ce particulier (2), un membre du Conseil peut être considéré comme accomplissant un acte de sa fonction, acte obligatoire, non susceptible de constituer une infraction pénale. Mais le fait de tenir après la séance du Conseil d'administration, et en dehors du lieu de ses réunions, les mêmes propos défavorables, leur ôte, sans contestation possible, tout caractère administratif.

Société Rhin et Moselle, D. p. 1933, 3, 41 et la note de M. APPLETON; Trib. correct. de Soissons, 4 octobre 1932, *Rec. Gaz. Pal.* 1932, 2, 865; C. d'Etat, 18 novembre 1931, *Mutuelle Générale française*, R. p. 1000; Lyon, 22 janvier 1930, D. H. 1930, p. 201; C. d'Etat, 22 juin 1927, *veuve Martin*, *Rec. Gaz. Pal.*, 1927, 2, 361; C. d'Etat, 2 mai 1924, *Crenn*, R. p. 437; C. d'Etat, 28 mars 1924, *Loumi Daoud*, R. p. 354; C. d'Etat, 28 mars 1924, *Poursines*, S. 1926, 3, 18 et la note de M. HAURIOU; C. d'Etat, 3 juin 1921, *Desrées*, R. p. 545; C. d'Etat 20 février 1920, *veuve Waechter*, R. p. 191; C. d'Etat, 14 novembre 1919, *Lhuillier*, R. p. 819; C. d'Etat, 25 juillet 1919, *Squeren*, R. p. 690; C. d'Etat, 22 novembre 1918, *veuve Blampin*, R. p. 1044; T. des Conflits, 17 juin 1918, *Fermentel*, R. p. 596; C. d'Etat, 14 juin 1918, *dame Carré*, R. p. 590; C. d'Etat, 10 août 1917, *dame Farges*, R. p. 657.

24. — (1) T. des Conflits, 14 janvier 1930, *Degeilh*, *Gaz. Trib.*, 31 mai 1930.

(2) Trib. des Conflits, 9 juillet 1928, *Thomas*, R. p. 871.

Certaines décisions précisent qu'il importe peu que l'infraction pénale ait été commise, alors même que « la victime avait été mise en présence de l'agent par le fait même du service ou que le service ait procuré à l'agent le moyen de la faute » (3). En matière d'accidents d'automobiles, par exemple et d'homicide ou de blessures par imprudence, la circonstance que, dans le service, l'agent a utilisé un véhicule de l'administration ou un véhicule privé, importe peu (4).

Il n'en est pas moins nécessaire de porter toujours la plus grande attention aux circonstances permettant de préciser si l'agent était ou non « en service commandé ». Il arrive que l'agent se détourne de son service. Ces points, qui ne sont normalement d'aucun poids dans la sanction pénale, ont leur importance dans la détermination des responsabilités civiles susceptibles d'être engagées (5).

25. — Le respect des prescriptions légales ou réglementaires formelles, l'obéissance aux instructions générales ou à l'ordre hiérarchique individuel, ne suffisent pas à soustraire un agent à la responsabilité pénale. Cependant, dans certaines fonctions fortement hiérarchisées et soumises à une discipline rigoureuse, armée ou police, ou intimement associées à l'action politique du Gouvernement, cette obéissance passive peut conduire l'agent à commettre une infraction pénale, qu'il soit conscient ou non du caractère délictueux de ses agissements.

Il faut préciser que le fait de s'être conformé aux règle-

(3) Montpellier, 6 mars 1925, *Moniteur judiciaire du Midi*, 1925, p. 131.

(4) T. des Conflits, 6 décembre 1937, *Schmitt, Gaz. Pal.* 21 mai 1938.

(5) Voir *infra*, Titre II.

ments concernant la fonction ne saurait conférer aux agents une sorte d'immunité pénale : le cadre que leur tracent ces instructions n'écarte pas la possibilité matérielle de commettre une infraction. La jurisprudence est aussi nette que constante sur ce point. L'interprétation de pareils règlements ne s'impose même pas en l'occurrence et ne saurait donner lieu à question préjudicielle. C'est ainsi qu'il a été jugé que dans le cas où la chute d'un pont a tué ou blessé des ouvriers, le tribunal correctionnel saisi des poursuites contre des agents des Ponts et Chaussées auxquels il était reproché de n'avoir pas suffisamment surveillé la construction de ce pont, n'est pas tenu de surseoir jusqu'à ce que l'autorité administrative ait décidé si ces agents s'étaient conformés aux règlements relatifs à leur profession (1).

Il semble cependant que, dans certains cas, et selon sa formule même, la Cour de Cassation ait vu dans une action conforme non pas même aux instructions réglementaires, mais seulement à la « pratique administrative », des faits de nature à exclure l'intention délictueuse (2). Un maire était prévenu de diffamation et injures publiques envers un électeur, pour avoir fait afficher un tableau rectificatif de la liste électorale où le nom de l'électeur figurait comme devant être retranché, avec cette mention : « jugement du tribunal correctionnel du... » L'arrêt constate, en premier lieu, qu'un tel procédé est étranger « à l'objet légal de la publication du tableau, qui est de porter la liste des additions et retranchements à la connaissance des in-

25. — (1) T. des Conflits, 31 juillet 1875, *Pradines*, S. 1875, 2, 312 ; Cass. Crim., 11 août 1905, D. P. 1909, 1, 351 : « Attendu qu'il importe peu que la prévenue, institutrice adjointe préposée à la direction d'une école maternelle, ait ou non enfreint le règlement particulier des écoles maternelles du département de la Seine... »

(2) Cass. Crim., 20 février 1896, D. P. 1899, 1, 390.

téressés et non pas de signaler à l'attention de tous, les causes de l'incapacité qui peut frapper certains individus » et poursuit en ces termes : « Il importe peu que D. ait obéi ou cru obéir aux instructions de l'autorité supérieure et qu'il se soit conformé à la pratique ordinaire ; que ces circonstances qui peuvent, le cas échéant, exclure l'intention délictueuse, ne sauraient donner au fait incriminé le caractère d'un acte administratif.... » En l'espèce d'ailleurs, la juridiction de renvoi estima que les circonstances n'excluaient pas l'intention délictueuse et prononça une condamnation correctionnelle, en même temps qu'elle fixa le montant des dommages intérêts. Mais cette conception ne fut pas suivie par le Tribunal des Conflits, à son tour saisi de l'affaire, qui, dans la rédaction de ses considérants, prit le contre-pied de la thèse soutenue par la Cour de Cassation : « Considérant qu'en publiant et en affichant ce tableau, lequel devait indiquer, d'après les instructions de l'administration supérieure, les motifs des retranchements opérés, le sieur D. a agi dans l'exercice de ses fonctions de maire... et en conformité des mesures prescrites tant par le décret de convocation des électeurs que par l'arrêté du préfet..., qu'ainsi le fait qui lui est reproché est un acte administratif dont l'appréciation est interdite à l'autorité judiciaire... » (3).

Il s'agit, dans les cas précités, d'instructions générales. L'ordre hiérarchique vise plus communément les prescriptions individuelles données à l'occasion de circonstances déterminées. Encore qu'il tombe sous le sens, ainsi que le remarque un jugement de tribunal correctionnel (4) que des ordres ne

(3) T. des Conflits, 26 juin 1897, *Loumagne*, D. P. 1899, 3, 66.

(4) Trib. correct. de la Seine, 27 novembre 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935, 2, 932 « Considérant que dans les conditions où il se présente, le fait imputable à S., militaire, dans l'accomplissement d'un service commandé, est constitutif d'une faute qui

peuvent tendre ou ne devraient tendre qu'à une activité légale ou réglementaire, les exemples sont nombreux qui montrent que, dans la pratique, des ordres sont donnés qui aboutissent à des infractions pénales (5). La complicité du supérieur hiérarchique peut alors être reconnue (6), mais la responsabilité pénale de l'agent d'exécution demeure, qu'il s'agisse d'un ordre antérieur à l'infraction, ou d'une décision postérieure à l'infraction et tendant à la couvrir (7). Il a toutefois été jugé que l'ordre hiérarchique pouvait être une cause d'irresponsabilité si l'agent en avait déduit qu'il ne commettait point d'infraction (8). Au reste, le jeu des circonstances atténuantes permet de tenir compte de l'influence exacte qu'il a exercée dans l'infraction (9).

D'ailleurs, le Code Pénal a expressément prévu des cas où l'ordre de la loi justifie l'acte de l'agent de la puissance publique — tel l'homicide légal commis par le bourreau — et d'autres où l'ordre hiérarchique exempte le fonctionnaire de la peine qui sera supportée par l'auteur de l'ordre : il s'agit des crimes d'attentat à la liberté prévu par l'article 114 du Code Pénal, d'abus d'autorité contre les particuliers (article

se détache de l'exercice de ses fonctions ; qu'en effet il avait bien été commandé de conduire l'ambulance, mais qu'il était seul au volant ; qu'il est de toute évidence que les ordres qui lui sont donnés par ses chefs ont pour fin une conduite réglementaire de son véhicule ; que la faute qu'il a commise a été déterminée par sa seule volonté, et qu'il doit en porter la responsabilité pénale... »

(5) Bordeaux, 22 novembre 1912, S. 1914, 2, 141 ; Cass. Crim. 20 septembre 1894, D. P. 1899, 1, 350 ; Cass. Crim. 23 juin 1892, S. 1893, 1, 297 ; T. des Conflits, 15 février 1890, *Vincent*, D. P. 1891, 3, 31.

(6) T. des Conflits, 15 février 1890, *Vincent*, précité.

(7) T. des Conflits, 24 novembre 1894, *Préfet de la Nièvre*, D. P. 1896, 3, 10.

(8) Bourges, 30 décembre 1870, D. P. 1871, 2, 226.

(9) GARRAUD, op. cit., p. 344.

184) et d'abus d'autorité contre la chose publique (article 190). Mais dans ces cas, l'ordre constitue une simple excuse absolue, qui ne fait pas disparaître la responsabilité civile. Enfin, l'article 64 du Code Pénal peut, parfois, être appliqué, qui prévoit « qu'il n'y a ni crime ni délit... lorsqu'il (le prévenu) a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. » Mais pour invoquer ces dispositions, il faut que la contrainte ait vraiment été irrésistible, que le subordonné ait pu craindre de perdre la vie ou la liberté (10).

26. — Aussi bien, la conviction que peut avoir l'agent qu'il a le droit ou le devoir d'accomplir des faits qui sont en réalité constitutifs d'infraction pénale n'entraîne pas son irresponsabilité pénale. Les tribunaux et cours d'appels affirment ce principe. « Attendu que le fait reproché à F. commissaire de police, la lacération de l'affiche d'un candidat apposée sur le mur de la mairie,.. n'est pas un acte administratif; qu'il ne suffit pas que celui auquel il est imputé ait agi en qualité de commissaire, croyant avoir le droit de l'accomplir; qu'il faut, de plus, qu'il soit au nombre de ceux que la loi l'autorise à faire... » (1). C'est ainsi que la Cour de Cassation a confirmé la condamnation prononcée contre un agent de police qui avait pénétré de vive force dans le domicile d'un citoyen « avec la conviction qu'il avait le devoir de constater un crime ou un délit flagrant ». (2)

(10) Cass. Crim., 20 septembre 1894, Bull. Crim., n° 248.

26. — (1) Montpellier, 12 janvier 1883, S. 1883, 2, 173.

(2) Cass. Crim., 23 juin 1892, S. 1893, 1, 297. — Contra : Trib. correct. de Bar-le-Duc, 12 février 1936, Rec. Gaz. Pal., 1936. 1, 847 : «...attendu que lorsqu'un maire procède, même de façon irrégulière, mais de bonne foi, à un acte administratif de sa fonction, son acte constitue un fait de service ressortissant à la juridiction administrative; qu'au contraire cet acte est un fait personnel relevant des tribunaux judiciaires lorsqu'il revêt les caractères d'une faute lourde, révèle de la part de son auteur, une intention mauvaise, un esprit de rancune ».

27. — La jurisprudence n'admet pas de distinction selon la nature de l'infraction. Toute infraction peut et doit être sanctionnée pénalement. La formule utilisée dans l'arrêt *Mirandol* (1) qui fait allusion à des « délits non susceptibles d'être confondus avec l'exercice des fonctions » est dangereuse, comme laissant à entendre que certains délits sont susceptibles de se confondre avec l'exercice des fonctions. De fait, l'examen des décisions rapportées dans les recueils de jurisprudence permet de constater que toutes sortes d'infractions pénales peuvent être commises par des agents de la puissance publique, dans l'exercice de leurs fonctions, ou au cours de l'exercice de leurs fonctions : en dehors des crimes et délits dont la qualité de fonctionnaire est un des éléments constitutifs, attentat à la liberté (article 114 C. pén.) (2), détournements (art. 175 C. pén.) (3), abus d'autorité (art. 184 et ss. C. pén.) (4), on relève en effet des délits électoraux (5), ou le délit de lacéra-

27. — (1) T. des Conflits, 10 décembre 1898, *de Mirandol*, D. P. 1900, 3, 29.

(2) C. d'Etat, 5 février 1904, *Dlle Ginière*, S. 1906, 3, 69; Lyon, 28 janvier 1904, D. P., 1904, 2, 321; T. des Conflits, 22 décembre 1880, *Roucanières*, S. 1882, 3, 57; T. des Conflits, 29 janvier 1881, *Moricet*, 12 mars 1881. *Gimet* S. 1882, 3, 74.

(3) T. des Conflits, 7 décembre 1918, *Cassagne*, R. p. 1115; C. d'Etat, 8 août 1882, *de Rothschild*, R. p. 796; T. des Conflits, 4 juillet 1874, *Marchioni*, D.P. 1875, 3, 68.

(4) Trib. correct. de Bar-le-Duc, 12 février 1936, *Rec. Gaz. Pal.* 1936, 1, 847; Cass. Crim., 26 janvier 1933, D. H. 1933, p. 166; Cass. Crim., 12 juillet 1928, S. 1930, 1, 113; Cass. Crim. 29 décembre 1927, S. 1929, 1, 200; Bordeaux, 19 juin 1917, S. 1918-19, 2, 1 et la note de M. DUGUIT; Cass. Crim., 21 mars 1918, D.P. 1921, 1, 41 et la note de M. APPLETON; Cass. Req., 5 juin 1918, S. 1918-19, 1, 209; T. des Conflits, 17 novembre 1917, BAILLY, D. P. 1918, 3, 1, et la note de M. PORCHÉ; Montpellier, 3 juillet 1886, S. 1889, 2, 185.

(5) Cass. Crim., 16 juillet 1926, *Rec. Gaz. Pal.* 1926, 2, 607; T. des Conflits 15 mai 1922, *Germain*, D.P. 1922, 3, 59.

tion d'affiches (6), des délits de chasse (7), des infractions au Code de la Route (8), aux règlements de la circulation aérienne (9), aux règlements de la police des voies ferrées (10), aux règlements municipaux d'hygiène (11), des contraventions de grande voirie (12), des contraventions à la législation du travail (13), les crimes, délits ou contraventions de dégradation de monuments publics (14), meurtre (15) ou tentative de meurtre (16), coups et blessures (17), blessures par impru-

-
- (6) T. des Conflits, 15 février 1890, *Vincent* D. P. 1891, 3, 31; Montpellier, 12 janvier 1883, S. 1883, 2, 173.
- (7) Amiens, 12 décembre 1936, D. P. 1938, 2, 40; Rouen, 14 août 1886, D.P. 1887, 5, 56; Cass. Crim., 25 mars 1887, S. 1887, 1, 237; Cass. Crim. 12 juin 1886, D.P. 1887, 1, 41.
- (8) Trib. correct. de la Seine, 27 novembre 1935, *Rec. Gaz. Pal.* 1935, 2, 932; Cass. Crim., 18 juillet 1924, D. H. 1924, p. 603.
- (9) Paris, 2 novembre 1935, D. H. 1936, p. 27.
- (10) Douai, 23 janvier 1936, *Rec. Douai*, 1937, p. 74.
- (11) Cass. Crim., 23 janvier 1914, S. 1916, 1, 89 et la note de M. ROUX.
- (12) C. d'Etat, 9 novembre 1910, *commune de Groix*, S. 1913, 3, 40; 30 juin 1899, *ville de Roubaix*, S. 1901, 3, 137.
- (13) Cass. Crim., 20 juillet 1907, D. P. 1909, 1, 361.
- (14) Agen, 11 octobre 1884, S. 1885, 2, 91.
- (15) C. d'Etat, 8 novembre 1933, *dame Pasquelin*, R. p. 1023; Cass. Crim. 30 mars 1933, D. P. 1934, 1, 175 et la note de M. APPLETON; C. d'Etat, 22 juin 1927, *veuve Martin*, *Rec. Gaz. Pal.*, 1927, 2, 361; C. d'Etat, 23 juin 1922, *Gaspard*, S. 1924, 3, 9; 19 mai 1922, *Dourdent*, S. 1924, 3, 9 et la note de M. HAURIOU; 14 novembre 1919, *Lhuillier*, R. p. 819.
- (16) C. d'Etat, 17 janvier 1934, *dame Cartier*, R. p. 86; 28 mars 1924, *Poursines*, S. 1926, 3, 18, et la note de M. HAURIOU, et D.P. 1924, 3, 49 et la note de M. APPLETON.
- (17) C. d'Etat, 29 janvier 1936, *dame Papineau*, R. p. 137; 22 janvier 1936, *dame Duxent*, R. p. 101; Cass. Crim. 6 août 1932, S. 1934, 1, 158; Cass. Crim. 15 mars 1923, S. 1923, 1, 385 et la note de M. ROUX, et D.P. 1923, 1, 137 et la note de M. APPLETON; C. d'Etat, 25 juillet 1919, *Squeren*, R. p. 690; C. d'Etat, 3 février 1911, *Anguet*, S. 1911, 3, 137 et la note de M. HAURIOU.

dence (18), homicide par imprudence (19), attentat à la pu-

-
- (18) MILITAIRES : T. des Conflits, 6 décem. 1937, *Champeil*, Gaz. Trib., 21 mai 1938; 6 décembre 1937, Gaz. Trib., 21 mai 1938; 25 octobre 1937, *cons. du Terrail*, Gaz. Trib. 14 avril 1938; 4 mai 1936, *Martinot*, Rec. Gaz. Trib., 1936, 2, 334; 4 mai 1936, *dame Duplan*, Rec. Gaz. Trib., 1936, 2, 332; Bastia 11 mai 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935, 2, 258; Paris, 15 mai 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935, 2, 257; T. des Conflits, 14 janvier 1935, *Thépaz*, S. 1935, 3, 17 et la note de M. ALIBERT; C d'Etat, 3 juin 1921, *Desrêes*, R. p. 545. — CIVILS : Cass. Civ., 4 avril 1938, S. 1938, 1, 150; T. des Conflits, 21 juin 1937, *Garcia di Lamazzio*, Gaz. Trib., 13 janvier 1938; Dijon, 17 novembre 1936, Rec. Gaz. Pal. 1937, 1, 119; Poitiers, 29 juin 1936, D. H. 1936, p. 503; T. des Conflits, 25 mai 1936, *Moulay Omar ben Moulay Ali*, R. p. 1164; Trib. Civ. Bar-le-Duc, 19 novembre 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935, 2, 932; C. d'Etat, 15 mai 1935, *Malaterre*, R. p. 550; Cass. Crim. 8 juin 1934, D. H. 1934, p. 196; T. des Conflits, 11 juillet 1933, *dame Mélinette*, S. 1933, 3, 97 et la note de M. ALIBERT; Nîmes, 3 avril 1933, D. H. 1933, p. 358; Cass. Crim. 30 avril 1932, D.H. 1932, p. 318; C. d'Etat 18 novem. 1931, *Cie Mutuelle Générale française*, R. p. 1000; Cass. Civ. 30 décembre 1930, S. 1931, 1, 217 et la note de M. BONNARD; T. des Conflits, 23 mai 1927, *Devisse*, S. 1927, 3, 93; C. d'Etat, 16 mai 1924, *Douillet*, R. p. 480; C. d'Etat, 2 mai 1924, *Crenn*, R. p. 437; Cass. Civ. 7 février 1923, S. 1923, 1, 347 (cf. C. d'Etat 8 février 1924, *Raymond*, S. 1926, 3, 17 et la note de M. HAURIU); Cass. Civ., 5 janvier 1921, S. 1922, 1, 177 et la note de M. MESTRE et D.P. 1921, 1, 17 et la note de M. APPLETON (cf. C. d'Etat 26 juillet 1918, *Lemonnier*, S. 1918-19, 3, 41 et la note de M. HAURIU); Cass. Civ. 27 novembre 1918, S. 1921, 1, 353 et la note de M. MESTRE et D. P. 1919, 1, 17 et la note de M. APPLETON; Bordeaux, 22 novembre 1912, S. 1914, 2, 141; C. d'Etat, 7 juillet 1911, *Midaly*, D. P. 1913, 3, 127; T. des Conflits, 15 avril 1905, *dame Debref*, S. 1907, 3, 48; Cass. Req. 8 novembre 1897, S. 1900, 1, 263; T. des Conflits, 21 novembre 1896, *Féron*, D.P. 1898, 3, 15.
- (19) MILITAIRES: Cass. Crim. 6 juillet 1938, Rec. Gaz. Pal., 1938, 2, 605; T. des Conflits, 6 décembre 1937, *Cornu*, Gaz. Trib. 21 mai 1938; T. des Conflits, 30 mars 1936, *cons. Marladot*, Rec. Gaz. Trib. 1936, 2, 263; T. des Conflits, 4 juillet 1935, *veuves Chiron et Marquet*, R. p. 1248; C. d'Etat, 29 juin 1934, *époux Lallement*, R. p. 753; Cass. Crim., 16 février 1934, S. 1935, 1, 395; T. des Conflits, 27 février 1933, *Sté Rhin et Moselle*, D.P. 1933, 3, 41 et la note de M. APPLETON; Trib. correct. de Soissons, 4 octobre 1932, Rec. Gaz. Pal. 1932, 2, 865; C. d'Etat, 9 novembre 1928, *Rapin*, D.P. 1929, 3, 1, et la note de M. APPLETON; C. d'Etat, 20 février 1920, *veuve Waechter*, R. p. 191; C. d'Etat, 22 novembre 1918,

deur (20), violation de sépulture (21), vols (22), pillages (23), mutilation d'arbres (24), dommages aux animaux (25), bris de clôture (26), incendie involontaire (27), outrages à magistrat

-
- veuve Blampin*, D. P. 1920, 3, 1 et la note de M. APPLETON; C. d'Etat, 14 juin 1918, *dame Carré*, R. p. 590; C. d'Etat, 10 août 1917, *dame Farges*, R. p. 637. — CIVILS: C. de Préfecture de Lille, 25 janvier 1937, *Lemaire*, Rec. Gaz. Pal. 1937, 1, 396; Bordeaux, 12 février 1936, Rec. Gaz. Pal. 1, 704; Douai, 4 mars 1935, D.P. 1936, 2, 53 et la note de M. WALLINE et Rec. Gaz. Pal. 1935, 1, 816, et les conclusions de M. l'avocat général DORLY; C. d'Etat, 10 janvier 1934, *cons. Denoyelle*, R. p. 48; Cass. Crim. 20 novembre 1931; D. P. 1932, 1, 16 et la note de M. APPLETON; Cass. Crim. 28 mai 1930, D. P. 1930, 1, 161 et la note de M. APPLETON et S. 1930, 1, 393 et la note de M. BONNARD; Lyon, 22 janvier 1930, D. H. 1930, p. 201; T. des Conflits 26 mai 1924, *veuve Limetti*, S. 1924, 3, 49 et la note de M. HAURIQU; C. d'Etat, 22 mars 1922, *Raffineries Say*, R. p. 254; T. des Conflits, 28 juillet 1921, *Bodson*, R. p. 772; Cass. Crim., 23 mars 1917, S. 1921, 1, 228; C. d'Etat, 16 juillet 1914, *Babouet*, S. 1920, 3, 1 et la note de M. APPLETON; Paris, 10 juin 1914, D.P. 1917, 2, 102; T. des Conflits, 2 mai 1914, *Provost*, R. p. 531; Dijon, 21 janvier 1914, D.P. 1914, 2, 129 et la note de M. LALOU; Cass. Crim., 11 août 1905, D. P. 1909, 1, 351; Cass. Crim. 13 juillet 1890, D. P. 1890, 1, 330; Cass. Req. 3 novembre 1885, D.P. 1886, 1, 397; Cass. Req. 10 juin 1884, D.P. 1884, 1, 365; T. des Conflits, 31 juillet 1875, *Pradines*, S. 1875, 2, 312.
- (20) C. d'Etat, 14 juin 1933, *dame Rivoal*, R. p. 630.
- (21) T. des Conflits, 13 novembre 1875, *Lacombe*, D. P. 1876, 3, 51.
- (22) C. d'Etat, 9 novembre 1927, *Guillot-Badillier*, R. p. 1032; C. d'Etat, 9 mars 1923, *Villesbrune*, R. p. 234.
- (23) C. d'Etat, 28 mars 1924, *Loumi Daoud*, R. p. 354; C. d'Etat, 24 février 1922, *Perchat*, R. p. 181; T. des Conflits, 17 juin 1918, *Fermentel*, R. p. 596; T. des Conflits, 6 mai 1918, *Lempereur*, R. p. 417.
- (24) T. des Conflits, 14 janvier 1930, *cons. Degeilh*, Gaz. Trib. 31 mai 1938; T. des Conflits, 7 juillet 1888, *de la Rochefoucauld*, S. 1890, 3, 48.
- (25) T. des Conflits, 24 mars 1923, *Fabry*, R. p. 3112; T. des Conflits, 20 mai 1882, *de Divonne*, S. 1884, 3, 41.
- (26) Cass. Crim. 26 janvier 1933, D. H. 1933, 166; Cass. Crim. 14 février 1902, D. P. 1903, 1, 101, et la note de M. APPLETON.
- (27) Cass. Req., 8 décembre 1937, S. 1938, 1, 104; Cass. Req. 2 juillet 1929, S. 1930, 1, 21; C. d'Etat, 4 juin 1927, *Cie P.L.M.* R. p. 674; C. d'Etat, 14 décembre 1923, *Ministre de la Guerre*, R. p. 860; Cass. Req. 13 juin 1895, S. 1896, 1, 26.

dans l'exercice de ses fonctions (28), outrages et injures (29), diffamation (30).

28. — Cette longue énumération suffit, à elle seule, à montrer que la jurisprudence n'admet pas, en la matière, une distinction qui serait fondée sur le caractère intentionnel ou non de l'infraction. A la suite de certaines décisions récentes du Tribunal des Conflits relatives à la responsabilité civile (1), certains tribunaux judiciaires ont cherché à décharger les agents de la puissance publique des suites pénales de leurs infractions non intentionnelles. A la suite d'un jugement correctionnel qui avait condamné pour blessures par imprudence le conducteur d'une automobile du service des Postes et Télégraphes, le Tribunal civil de Bar-le-Duc, saisi de la même affaire en ce qui

(28) Cass. Crim. 10 février 1893, D. P. 1896, 1, 215; Toulouse, 29 juin 1892, D.P. 1893, 2, 41; Cass. Crim. 19 mars 1885, D. P. 1885, 1, 426.

(29) Cass. Crim. 5 juillet 1901, D.P. 1902, 5, 359; T. des Conflits, 10 décembre 1898, *de Mirandol*, D. P. 1900, 3, 29; T. des Conflits, 2 avril 1881, *Catta*, R. p. 403.

(30) Cass. Crim. 17 mars 1938, Rec. Gaz. Pal. 1938, 1, 825; Trib. civ. St-Brieuc, 20 juillet 1937, Rec. Gaz. Pal. 1937, 2, 615; Cass. Crim. 23 novembre 1935, S. 1936, 1, 393, et la note de M. HUGUENEY; Trib. correct. Bourgoïn, 5 novembre 1931, Rec. Gaz. Pal. 1932, 1, 204; T. des Conflits, 22 juillet 1909, *Carbonnel*, S. 1912, 3, 33; Cass. Crim. 10 juillet 1909, Bull. Crim. p. 708; Cass. Crim. 3 août 1901, S. 1904, 1, 254; Paris, 31 janvier 1901, D. P. 1903, 2, 189; T. des Conflits, 4 décembre 1897, *Lalande*, D. P. 1899, 3, 93; T. des Conflits, 26 juin 1897, *Loumagne*, D. P. 1899, 3, 66; Cass. Crim. 20 février 1896, S. 1897, 1, 473; Cass. Crim. 24 mai 1895, D. P. 1899, 5, 150; C. d'Etat, 13 décembre 1889, *Cadot*, D. P. 1891, 3, 41; T. des Conflits, 22 mars 1884, *Bérault*, S. 1886, 3, 4; T. des Conflits, 22 avril 1882, *Soleillet*, S. 1884, 3, 26; T. des Conflits, 13 décembre 1879, *Audüze*, S. 1881, 3, 31; T. des Conflits 28 décembre 1878, *Moulis*, S. 1881, 2, 188; T. des Conflits, 29 décembre 1877, *Viette*, S. 1879, 2, 309; Cass. Crim. 24 février 1873, *Engelhart*, Bull. Crim. p. 43.

28. — (1) Voir *infra* n° 66 et ss.

concerne les réparations pécuniaires, s'exprime de la sorte : « ...le jugement correctionnel qui, à tort ou à raison, a envisagé la faute pénale en soi, abstraction faite de la faute administrative pouvant exclure la première ou s'y ajouter... » (2). Mais il s'agit là de décisions isolées, non susceptibles de recevoir aujourd'hui l'approbation de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation dont les principes sont, au contraire, appliqués dans un jugement du tribunal correctionnel de la Seine (3) qui précise que « la théorie qui a été soutenue que les actes non intentionnels reprochés à des militaires en service commandé ne sont pas constitutifs d'une faute se détachant de l'exercice de leurs fonctions et qui, par voie de conséquence, détache ces militaires des contraventions de police, amène à soustraire à l'application de la loi pénale une catégorie de citoyens auxquels la loi aurait été appliquée s'ils n'étaient point militaires ; la répression des délits et contraventions... est d'ordre public... »

29. — La gravité de l'infraction ne doit pas davantage être considérée, du fait que le délinquant est un agent de la puissance publique. La « faute grave » est une notion essentielle dans la théorie de la responsabilité civile de la puissance publique : elle est étrangère à la théorie de la responsabilité pénale. En matière de délits d'imprudence (homicide ou blessures), la règle de droit commun veut que l'infraction existe quelque légère qu'ait été l'imprudence (1) ; elle s'applique au cas d'infraction de ce genre commise dans le fonctionnement des

(2) Trib. civ. de Bar-le-Duc, 19 novembre 1935, Rec. Gaz. Pal., 1935, 2, 932.

(3) Trib. correct. de la Seine, 27 novembre 1935, Rec. Gaz. Pal., 1935, 2, 932.

29. — (1) Cass. Civ., 18 décembre 1912, D. P. 1915, 1, 17.

services publics. Il ne convient pas, par exemple, d'attacher une importance spéciale aux termes employés par la Cour de Cassation dans un arrêt rendu dans une espèce relative à un homicide par imprudence dont un agent-voyer s'était rendu coupable en ne surveillant pas certains travaux, où il est dit que l'agent avait fait preuve « de la plus grande incurie, négligeant de prescrire les précautions usitées en pareil cas » (2). Il convient aussi, dans l'examen des arrêts ou jugements, de se garder d'appliquer aux infractions pénales la terminologie utilisée en matière de délits civils. Certains faits auraient pu donner lieu à poursuites et condamnations pénales ; pour une raison ou pour une autre, il n'en a pas été ainsi : l'arrêt qui tranche au civil ne vaut que pour les réparations pécuniaires, et s'il y est fait mention de « faute grave » ; la formule ne peut pas s'appliquer à l'infraction pénale (3).

On ne peut cependant passer sous silence certaines tendances qui se révèlent dans la rédaction de jugements ou d'arrêts civils, il est vrai, mais rendus en des espèces susceptibles de comporter des poursuites pénales. Le Tribunal de Bastia, par exemple, semble n'admettre la responsabilité pénale que s'il s'agit « d'imprudence caractérisée » (4) et le Tribunal de Bar-le-Duc regrette, s'il ne la discute encore, l'application de la loi pénale aux fonctionnaires, dans certains cas où la faute est particulièrement légère : « ...attendu que si le plus souvent la violation de la loi pénale par le fonctionnaire implique de sa

(2) Cass. Crim. 23 mars 1917, S. 1921, 1, 228.

(3) C. d'Etat, 26 juillet 1918, *Lemonnier*, S. 1918-19, 3, 41 et la note de M. HAURIU, avec les conclusions de M. BLUM ; cf. Cass. Civ., 5 janvier 1922, S. 1922, 1, 177 et la note de M. MESTRE, et D.P. 1921, 1, 17 et la note de M. APPLETON ; Poitiers, 3 juillet 1922, Rec. Gaz. Pal., 1923, 1, 570 ; T. des Conflits, 27 février 1933, *Société Rhin et Moselle*, D. P. 1933, 3, 41 et la note de M. APPLETON.

(4) Bastia, 11 mai 1935, Rec. Gaz. Pal., 1935, 2, 258.

part une faute personnelle, il serait excessif d'appliquer cette règle à tous les faits sanctionnés par l'article 320 du Code Pénal, qui qualifie délit, en l'absence d'intention criminelle, une faute qui peut être très légère... » (5).

§ 3. — Des liens qui ne permettent pas de détacher de la fonction publique ou de l'acte administratif des faits constitutifs d'une infraction pénale.

30. Les dérogations légales à la loi pénale. — 31. « L'exécution administrative d'une mesure ou d'une décision légalement prise. » — 32. Délit nécessaire, délit impossible.

30. — Mais il peut arriver qu'un agent de la puissance publique tienne de la loi le droit d'accomplir certains actes qui, de la part de simples particuliers, constitueraient des infractions pénales. On a déjà cité (1) l'exemple de l'homicide commis par le bourreau et des violations des libertés individuelles commises par des agents de la police judiciaire. D'où la nécessité pour le juge d'analyser exactement les pouvoirs que l'agent tient de la loi (2).

On conçoit parfaitement que le conducteur d'une voiture du service d'incendie ne soit pas astreint aux mêmes règles de circulation que les automobilistes ordinaires. Mais il convient de noter, élément essentiel pour dégager la responsabilité pénale, que le règlement spécial du service d'incendie doit prévoir expressément les dérogations nécessaires aux règles de droit commun; le fait qui, en toute autre circonstance, serait

(5) Trib. civ. de Bar-le-Duc, 19 novembre 1935, Rec. Gaz. Pal., 1935, 2, 932.

30. — (1) Voir supra, n° 25.

(2) Voir les arrêts cités n° 22. ADDE : Montpellier, 13 juillet 1886, S. 1889, 2, 185.

constitutif d'une infraction, devient légal (3). Encore faut-il que l'agent, pour bénéficier de cette immunité, se soit conformé à toutes les prescriptions particulières à son service (4).

Mais cette immunité doit être expressément prévue par un texte. Les facilités, dont bénéficie le conducteur de la voiture des sapeurs pompiers qui se dirige vers le lieu du sinistre, consacrées dans un règlement, ne s'étendent pas aux gardes mobiles transportant d'urgence une troupe pour un service d'ordre à assurer (5) : le garde ou ses chefs se font juges, à leurs risques et périls, de l'opportunité de transgresser volontairement les prescriptions du Code de la Route.

31. — En dehors de ces dérogations expresses, la jurisprudence admet la possibilité d'écarter du domaine d'application de la loi pénale certains faits qui seraient normalement constitutifs d'une infraction pénale ; mais les conditions qu'elle pose sont assez rigoureuses pour rendre tout à fait exceptionnelle l'immunité. Les bases en étaient jetées dans un arrêt du Tribunal des Conflits (1), rendu au moment où l'application de la loi sur les congrégations suscitait une vive effervescence : « Considérant que les faits relevés dans la plainte et qualifiés par elle d'attentat à la liberté individuelle, crime prévu par l'article 114 du Code Pénal, ne sont autres que les faits constituant l'exécution même de l'arrêté pris à la date du 30 juin 1880 par le préfet de la Gironde et prescrivait, d'après les ordres du ministre de l'Intérieur et en vertu du décret du 29 mars

(3) Cass. Crim., 8 juin 1934, D. H. 1934, p. 398.

(4) C. d'Etat, 14 décembre 1932, *Compagnie des Tramways de Lille* ; R. p. 1083 ; 13 mai 1932, *Dumesnil*, S. 1932, 3, 134.

(5) Douai, 23 janvier 1936, Rec. Douai, 1937, 74.

31. — (1) T. des Conflits, 22 décembre 1880, *Roucanières*, D. P. 1881 : 3, 17.

1880, la fermeture et l'évacuation immédiate de l'établissement occupé à Bordeaux... par des membres de la congrégation non autorisée dite de Jésus ; considérant qu'en dehors de ces actes d'exécution, il n'est précisé aucun fait personnel distinct, imputable soit au préfet, soit au commissaire central..., et de nature à engager la responsabilité de l'un ou de l'autre, soit au point de vue civil, soit au point de vue pénal... »

La Chambre Criminelle a précisé les conditions qu'elle exigeait pour soustraire à la répression pénale des faits susceptibles de constituer une infraction. Il faut que « les faits incriminés soient l'exécution administrative d'une mesure ou d'une décision légalement prise » (2). Que faut-il entendre, au juste, par cette formule ?

32. — A dire le vrai, la jurisprudence n'apporte pas beaucoup de précisions, la Chambre Criminelle ayant surtout utilisé la formule à l'occasion d'espèces dans lesquelles elle reconnaissait l'existence de l'infraction pénale. Il faut dire qu'en principe, doivent d'abord se trouver réunis tous les éléments qui, séparément, ne suffisent pas à exclure la possibilité du délit (1).

Ne rentre pas dans « l'exécution administrative » l'emploi de procédés interdits ou seulement inutiles (2). Cette régularité parfaite dans le choix des moyens n'est peut-être pas exigée aussi impérativement par le Tribunal des Conflits en matière de responsabilité civile : sa doctrine conduirait à admettre que

(2) Cass. Crim., 19 décembre 1907, Rec. Gaz. Trib., 1908, II, Cass. Crim., 14 février 1902, D. P. 1903, I, 101.
I, 20.

32. — (1) Voir supra n° 22 et ss.

(2) Besançon, 7 décembre 1933, S. 1934, 2, 52 ; T. des Conflits, 25 février 1902, *Immarigeon*, R. p. 185.

certaines irrégularités ne suffisent pas à faire perdre aux actes des agents de la puissance publique, leur caractère administratif, donc à autoriser leur qualification pénale (3). Cependant, ce critérium de l'utilité est bien celui qui doit être retenu pour déterminer le caractère administratif d'une mesure ou d'une décision légalement prise. La mesure ou la décision étant arrêtée, comment peut-elle être exécutée, étant entendu qu'elle doit être exécutée ? Tout ce qui est inutile doit être évité, mais ce qui est indispensable doit être accompli : le délit nécessaire sera un délit impossible.

Il a par exemple été jugé qu'un maire qui, pour constater une infraction au Code du Travail, s'était introduit nuitamment de force dans une usine, avait commis le délit de violation de domicile, prévu par l'article 184 du Code Pénal, parce que, s'il « avait incontestablement le droit et le devoir de s'assurer si l'usine... était ou non autorisée à travailler de nuit, il lui était facile de vérifier le fait, sans se livrer à une manifestation aussi agressive et irritante... » (4). On conçoit qu'un arrêté de révocation soit motivé, ne puisse être motivé que par des faits de nature à porter atteinte à la réputation et dont la loi impose la publication (5). Mais si la même décision a pu être prise sans faire allusion à des faits de cette nature, la révélation postérieure par l'auteur de l'arrêté des motifs véritables de la décision constitue le délit de diffamation (6). De même, un maire doit pouvoir, sans craintes de poursuites pénales, porter à la

(3) T. des Conflits, 17 novembre 1917, *Bailly*, D.P. 1918, 3, 1, et la note de M. PORCHÉ.

(4) Trib. correct. de Bar le-Duc, 12 février 1936, *Rec. Gaz. Pal.*, 1936, 1, 847.

(5) Trib. civil de Saint-Brieuc, 20 juillet 1937, *Rec. Gaz. Pal.*, 1937, 2, 615 ; Trib. correct. de Bourgoïn, 5 novembre 1931, *Rec. Gaz. Pal.*, 1932, 1, 204.

(6) T. des Conflits, 5 juillet 1884, *Vimont*, D. P. 1886, 3, 14.

connaissance du conseil municipal l'irrégularité commise dans les mémoires de médicaments fournis par un pharmacien en vertu de la loi sur l'assistance médicale gratuite : les finances communales sont en cause et ne peuvent être sauvegardées que si la possibilité est reconnue de faire, en conseil, des révélations de ce genre. Mais elles deviennent diffamatoires si l'irrégularité est, dans les mêmes conditions, qualifiée de « grande indélicatesse suivie de vol et de tentative de soustraction » (7).

SECTION III

LES ATTÉNUATIONS A LA RIGUEUR DE L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE AUX AGENTS DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

33. L'influence des circonstances administratives sur la fixation de la peine.

— 34. Le hasard des poursuites pénales. — 35. Atténuations à la rigueur des conséquences patrimoniales de la responsabilité pénale. —

— 36. Insuffisance des sanctions disciplinaires. — 37. La substitution de la responsabilité pénale de la puissance publique à celle de l'agent.

33. — Les cas sont donc très rares, en pratique, où des faits constitutifs d'infraction pénale perdent ce caractère par cela seul qu'ils ont été commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions publiques. Est-ce à dire que cette circonstance soit de nulle influence sur la peine ? Il n'en est rien. Mais l'affaire est jugée sur le stricte terrain du droit pénal, en faisant application des règles et des principes du droit et de la jurisprudence criminels.

Or, et principalement en matière de délits d'imprudence — blessures ou homicide — les tribunaux répressifs apportent

(7) Cass. Crim., 3 août 1901, S. 1904, I, 254.

une attention particulière à la profession du délinquant, aux habitudes, coutumes, risques et dangers spéciaux qu'elle présente. On sait, par exemple, le développement original qu'a pris la jurisprudence de la responsabilité, non seulement civile, mais encore pénale, des médecins et des chirurgiens. En réalité, les cas sont très rares où cette qualité pourrait être prise en considération, lorsqu'il s'agit de délits d'imprudence commis par les agents de la puissance publique. La majorité de ces infractions naissent à la suite d'accidents d'automobile, et en dehors des cas exceptionnels cités ci-dessus (1) il n'y a pas de raison pour soustraire le conducteur imprudent à la répression pénale du seul fait de ses fonctions.

On a vu plus haut, d'ailleurs, qu'il ne fallait pas attacher une importance particulière au qualificatif « grave » ou « lourde » donné à la faute dans la rédaction de certains jugements ou arrêts. Il s'agit là, en réalité, d'une terminologie propre au droit civil, qui distingue selon la faute très légère, la faute légère et la faute lourde, — et au droit administratif. En droit pénal, on ne peut considérer que la faute lourde (2). Dans ces conditions, il paraît difficile d'admettre que les tribunaux répressifs soient disposés à reconnaître, comme le désirent certains auteurs, qu'en ce qui concerne les administrateurs, et en particulier les maires, « seules leurs imprudences ou négligences graves peuvent, en cas d'homicide ou de blessures, fonder leur responsabilité pénale » (3). Et l'étude à laquelle il a été procédé de la jurisprudence criminelle, ne permet pas, selon nous, de dire que « les légers manquements du fonctionnaire

32 (1) Voir supra n° 30.

(2) DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 86.

(3) MESTRE, note sous Cass. Civ., 5 janvier 1921, S. 1922, 1, 177.

qui ont pu entraîner des blessures pour les tiers ne constituent pas des fautes personnelles légères » ; qu' « ils ne constituent en aucune façon des fautes personnelles » ; que, « par suite, ils ne peuvent être retenus comme éléments du délit de blessures involontaires » (4).

Par contre, les juges trouvent, et doivent chercher dans le jeu des circonstances atténuantes, la possibilité de tenir compte des circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'infraction a été commise. Tout en assurant le respect de la loi pénale par une condamnation pénale, ils peuvent ainsi borner cette condamnation à une condamnation de principe (5).

34. — Au reste, on a vu que tous les faits constitutifs d'infraction pénale, ne donnaient pas lieu à poursuites pénales. Lorsque le particulier lésé n'a pas cru devoir porter plainte, ou lorsque la nature de l'infraction ne comporte pas de dommage causé à des tiers, lorsqu'en outre on se trouve en présence d'un cas limite où l'infraction, tout en se détachant du service, n'en est pas moins intimement mêlée audit service, le ministère public peut, à juste titre, invoquer le principe de « l'opportunité des poursuites » (1) pour ne pas agir contre le délinquant. Certains arrêts de Cours d'Appel font allusion au caractère délicueux des faits qui leur sont soumis aux seules fins d'allocation de dommages-intérêts et qui n'ont cependant suscité aucune action devant les tribunaux répressifs (2). On a fait remarquer à juste titre (3) que certains agissements qui

(4) APPLETON, *op. cit.*, n° 126.

(5) Dans ce sens : WALINE, note sous Douai, 4 mars 1935, D. P. 1936, 2, 53.

34. — (1) Voir *supra*, n° 14.

(2) Cass. Civ., 5 janvier 1921, S. 1922, 1, 177.

(3) DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 95.

avaient donné lieu à condamnation civile de la puissance publique par le Conseil d'Etat auraient vraisemblablement, portés devant la juridiction répressive, donné lieu à condamnation pénale du fonctionnaire (4). Dans une certaine mesure, la mise en cause de la responsabilité pénale des agents de la puissance publique dépend ainsi de la nature des réactions des particuliers lésés.

35. — Il y aurait, selon nous, de très graves inconvénients à soustraire à la répression pénale, des faits constitutifs d'infraction pénale, pour la raison seule qu'ils ont été commis dans le service par des agents de la puissance publique. Le critérium serait très difficile à établir ; surtout, l'impunité serait de nature à entraîner un relâchement dans la moralité administrative. Sans vouloir attribuer une valeur excessive à une simple remarque suggérée par la lecture de la jurisprudence fournie par la matière des infractions pénales commises à l'occasion du fonctionnement des services publics, on peut estimer que, dans une certaine mesure, les condamnations pénales prononcées pour diffamation contre des maires ont contribué à inciter ceux-ci non seulement à peser les termes qu'ils emploient dans la rédaction des arrêtés municipaux ou des délibérations du conseil municipal, mais encore à murir leurs décisions mêmes : toujours est-il que les décisions rendues dans cette matière sont fréquentes jusque vers 1890, et beaucoup plus espacées depuis lors. L'éducation administrative des municipalités est peut-être due, en partie, à cette rigueur des juridictions répressives. Celle-ci, par contre, a, sans nul doute, comme principal inconvénient, par la menace des responsabilités, de « risquer

(4) T. des Conflits, 17 novembre 1917, BAILLY, D. P., 1918, 3, 1, et la note de M. PORCHÉ.

de paralyser, au plus grand préjudice de leurs administrés, la totale liberté d'esprit » requise de ces administrateurs (1).

A dire le vrai, et quelque fâcheuse que soit toute poursuite devant la juridiction répressive, celle-ci, dans les cas nettement critiques, doit n'aboutir qu'à une condamnation de principe. Les inconvénients les plus graves pour les agents de la puissance publique qui la subissent résident alors dans les conséquences civiles de cette condamnation pénale qui, par le jeu du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, doit entraîner leur responsabilité civile. Mais on verra, dans le titre deuxième de cette étude, que ces inconvénients peuvent être atténués par l'adoption du cumul des responsabilités civiles de l'agent délinquant et de la puissance publique (2) ou même supprimés par l'attribution respective, à raison des mêmes faits délictueux, de la responsabilité pénale à l'agent et de la responsabilité civile à la puissance publique (3).

36. — On pourrait être tenté de concilier les intérêts divergents en réservant aux juridictions disciplinaires la connaissance de certaines infractions. Autrefois les contraventions de simple police commises par les militaires étaient en effet réprimées par voie disciplinaire (1), comme, dans un domaine voisin, le sont aujourd'hui encore celles commises par les condamnés aux travaux forcés (2). Certes, dans l'état actuel du droit positif, il ne s'agit que d'une « curiosité », mais susceptible

35. — (1) MESTRE, note précitée, S. 1922, 1, 177.

(2) Voir *infra* n^{os} 61 et ss.

(3) Voir *infra* n^{os} 66 et ss.

36. — (1) Code de Justice militaire pour l'armée de terre du 9 juin 1857, article 271.

(2) Décret du 18 septembre 1925, article 12.

d'une certaine extension car elle ne consitue nullement « une énormité juridique » (3).

La jurisprudence, tant administrative que criminelle, consacre l'indépendance absolue des deux juridictions. Leur compétence n'est pas située sur le même plan. Les juridictions criminelles sont instituées pour défendre les intérêts de la société en général ; les juridictions civiles pour défendre les intérêts particuliers ; les juridictions disciplinaires pour défendre les intérêts des services publics et assurer leur bon fonctionnement. Certes, la constituion progressive d'un statut de la fonction publique tend de plus en plus à conférer aux juridictions disciplinaires, au bénéfice de l'agent, toutes les garanties dont dispose un délinquant devant les juridictions répressives. Par contre elles, n'offrent pas de garanties aux particuliers qui ne peuvent citer devant elles les fonctionnaires dont ils ont à se plaindre. Par ailleurs, l'échelle et la nature des peines infligées par ces juridictions sont établies en vue des besoins des services.

Par application de ces principes généraux, sanction disciplinaire et sanction pénale ne s'excluent pas réciproquement (4). Encore que les faits jugés par la juridiction pénale s'imposent à la juridiction disciplinaire (5), la juridiction disciplinaire ne doit pas surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction répressive se soit prononcée (6) et la sanction discipli-

(3) HUGUENEY, note sous Cass. Crim., 23 novembre 1935, S. 1936, 1, 393.

(4) C. d'Etat, 7 juillet 1922, *Le Cloahec*, S. 1922, 3, 33 et la note de M. HAURIUO; Cass. Crim., 23 novembre 1935, S. 1936, 1, 393 et la note de M. HUGUENEY précitée.

(5) C. d'Etat, 23 mars 1927, *Meslin*, S. 1927, 3, 50.

(6) C. d'Etat, 27 mars 1936; *Bonny*, R. p. 387.

naire demeure possible lors même qu'est éteinte l'action publique devant la juridiction répressive (7).

Selon nous, la substitution des juridictions disciplinaires aux juridictions répressives pour connaître des infractions pénales commises par les agents de la puissance publique, au cours ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, n'est pas souhaitable. Elle affaiblirait, en la détournant de son objet véritable, la juridiction disciplinaire. Elle favoriserait, le cas échéant, le retour aux pratiques arbitraires de l'administration que la loi et la jurisprudence en vigueur rendent précisément impossibles.

37. — Si l'on veut, dans certains cas, éviter que la responsabilité pénale du fonctionnaire soit mise en jeu tout en respectant le principe qu'à toute infraction pénale doit correspondre une sanction pénale, n'est-il pas possible d'engager la responsabilité pénale de la puissance publique ? Le chapitre deuxième du présent titre répond à cette question.

(7) C. d'Etat, 8 mars 1933, *Deschamps*, R. p. 280; 14 janvier 1931, *Guannel*, R. p. 41.

CHAPITRE SECOND

La responsabilité pénale de la puissance publique

38. Le problème général de la responsabilité pénale des personnes morales. — 39. Les aspects originaux du problème de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public. — 40. Les difficultés pratiques que soulève l'établissement de cette responsabilité pénale. 41. La jurisprudence actuelle. — 42. L'avenir de la jurisprudence.

38. — Le problème de la responsabilité pénale de la puissance publique s'intègre dans le problème général de la responsabilité pénale des personnes morales. Le problème n'a jamais reçu de solution d'ensemble, consacrée par un texte formel. Aujourd'hui encore, si la responsabilité pénale des personnes morales a fait l'objet de décisions jurisprudentielles de principe, elle n'est visée expressément que par quelques dispositions éparses, relatives à des hypothèses nettement déterminées et d'application peu fréquente (1).

En droit romain, la notion de personnalité appliquée aux universalités permettait de leur attribuer une responsabilité pénale aussi bien que civile (2). Cette doctrine, maintenue par les glossateurs, rejetée tout d'abord par le droit canonique qui

38. — (1) Voir principalement sur la question A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Thèse, Paris, 1899; A. MESTRE, *Rapport à la Société des Prisons*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1929, p. 246 et ss.; R. VALEUR, *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américain*, Paris, 1931; *Rapports présentés au II^e Congrès International de Droit Pénal à Bucarest, sur la responsabilité pénale des personnes morales*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1928-29, p. 219.

(2) R. VALEUR, *op. cit.*, p. 10.

l'accepta par la suite, était parfaitement compatible avec les règles de l'ancien Droit français, public et privé. Aussi bien suffit-il, pour s'en convaincre, de consulter la liste des peines corporatives infligées aux villes par le Roi et les Parlements : l'ordonnance de 1670 sur l'Instruction criminelle codifie la matière. Les lois révolutionnaires substituèrent « le principe de la personnalité de la répression, à celui de l'exemplarité de la répression ». La notion de délit corporatif ne pouvait évidemment pas survivre aux corporations abolies. Le triomphe de la doctrine de la fiction, qui refusait toute existence réelle aux personnes morales, écarta celles-ci du domaine d'application des règles du droit pénal.

Quelques textes, cependant, qui datent de la Révolution et de l'Empire, font exception au principe tacitement admis et les auteurs qui, devant la multiplication des personnes morales, sont favorables à l'extension de leur responsabilité pénale, s'appuient sur ces dispositions éparses pour prouver qu'elle n'est pas contraire à la loi.

Ces textes visent les délits forestiers (3) et les contraventions de grande voirie (4). Il est juste d'ajouter que la jurisprudence accorde aux amendes fiscales un caractère de réparation civile qui lui permet de les mettre à la charge des personnes morales encore que prononcées par des juridictions répressives (5).

39. — Le problème se complique singulièrement lorsqu'il se pose au sujet de personnes morales de droit public. Il ne

(3) Code Forestier, articles 82, 132 et 199.

(4) Loi du 15 juillet 1846, notamment articles 12, 15, 21.

(5) Code Forestier, articles 82, 132 et 199.

M. NAST.

saurait pour autant être éludé, bien au contraire (1).

Les personnes morales de droit public ne présentent pas toutes les mêmes caractères. Elles se distinguent des personnes morales de droit privé à forme lucrative par le caractère désintéressé de leur activité. Mais ce désintéressement ne repose pas toujours sur les mêmes bases, et l'on a, à juste titre, fait remarquer qu'il convenait de distinguer entre « les personnes morales nécessaires » tels que départements, communes, et « les personnes morales volontaires », tels que syndicats, congrégations (2). On peut concevoir la dissolution ou le bannissement, comme peines susceptibles d'être appliquées aux secondes : elles ne sauraient viser les premières. On distingue, par ailleurs, l'organe et le représentant d'une personne morale : le premier seul pourrait délinquer au nom de la personne morale. Or, si certains organes — maire et conseil municipal, conseil général — sont bien désignés par la collectivité, d'autres lui sont imposés, tels pour les départements et les colonies, les préfets et les gouverneurs. N'y a-t-il pas quelque injustice à leur permettre d'engager la responsabilité pénale du département ou de la colonie ?

Par ailleurs, si l'on peut concevoir — et la loi et la jurisprudence en font quelques applications (3) — une responsabilité pénale des communes, des départements, des établissements publics, la responsabilité pénale de l'Etat est difficilement concevable, du moins dans le domaine du droit interne. On

39. — (1) « Il est aujourd'hui impossible d'étudier sérieusement en droit public la théorie des personnes morales, sans poser le problème de leur responsabilité pénale » (A. MESTRE, *Rapport à la Société Générale des Prisons*, Revue Pénitentiaire, 1920, p. 238).

(2) H. BERTHÉLÉMY, Discussion à la Société Générale des Prisons, *op. cit.*, p. 251.

(3) Voir *infra* n° 41.

aperçoit la possibilité et l'utilité d'une responsabilité pénale internationale des Etats, dont serait juge une Cour internationale, la guerre d'agression constituant par exemple un crime caractéristique. On voit mal les modalités d'application de cette responsabilité en droit interne.

40. — Aussi bien la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales présente des difficultés pratiques aussi sérieuses que les obstacles théoriques. Il n'y a pas de raison pour écarter du problème le principe de la séparation des pouvoirs. Dès lors, ne faudrait-il pas prévoir une juridiction répressive administrative ? La question pourrait être, il est vrai, résolue en donnant aux Conseils de préfecture compétence correctionnelle et en créant une section criminelle au Conseil d'Etat. Il faudrait en même temps modifier l'ordonnance de 1828 et permettre l'élévation du conflit en matière criminelle et correctionnelle.

En second lieu, la détermination des peines est délicate à établir. La plus facilement applicable serait l'amende. Mais elle n'atteindrait le but poursuivi par toute sanction pénale que dans le cas où elle frapperait une personne morale dotée d'un patrimoine modeste : de quel effet serait-elle vis-à-vis de l'Etat ? On imagine cependant des peines applicables aux départements et aux communes, ou à des établissements publics : privation de subventions, interdiction de bénéficier du partage des fonds communs. Certaines incapacités politiques peuvent être envisagées : par exemple, l'interdiction de désigner des délégués sénatoriaux.

Mais la difficulté la plus grave réside dans la détermination des infractions imputables à la personne morale de droit public. La rendra-t-on pénalement responsable des faits constitutifs d'infraction pénale mais perdant aujourd'hui ce carac-

tère parce qu'ils ne sont que l'exécution administrative d'une mesure ou d'une décision légalement prise ? Choisira-t-on, parmi les infractions que la jurisprudence impute aujourd'hui aux fonctionnaires, des délits et des crimes dont la responsabilité incombe à la puissance publique ? Parmi les infractions, dont la jurisprudence offre des exemples (4), on n'aperçoit guère que les atteintes à la liberté individuelle ou à la propriété individuelle qui puisse, à la rigueur, et dans des cas exceptionnels, justifier l'application du principe.

41. — Dans l'état actuel de la jurisprudence, la responsabilité pénale de la puissance publique est engagée tout à fait exceptionnellement, dans les mêmes conditions que la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé. Les délits forestiers ci-dessus mentionnés peuvent être attribués à des communes (1). Les contraventions de grande voirie peuvent être dressées contre des communes. Il a été jugé à plusieurs reprises que si une commune recueillait dans ses égoûts des eaux résiduaires et les déversait dans un canal au risque d'en embarrasser le lit ou d'en affaiblir et changer le cours, elle contrevenait à un arrêt du Conseil du 24 juin 1877 et pouvait être condamnée par le Conseil de Préfecture à l'amende, aux frais et à la réparation envers l'Etat du préjudice causé (2). Il est juste de remarquer qu'aux termes des règles de compétence en vigueur lorsque ces arrêts ont été rendus, les condamnations étaient prononcées par la juridiction administrative.

(4) Voir supra n° 27.

41. — (1) Voir supra n° 38.

(2) C. d'Etat, 9 novembre 1910, *Commune de Groix*, S. 1913, 3, 40; 30 juin 1899, *Ville de Roubaix*, S. 1901, 3, 137.

Les recueils de jurisprudence ne fournissent pas d'exemples — à notre connaissance — d'amendes fiscales imposées à une personne morale de droit public en dehors d'une espèce qui n'est pas probante, parce qu'il s'agit d'une législation coloniale : l'article 94 de l'arrêté du Gouverneur Général de l'Indo-Chine du 18 octobre 1921 sur la fabrication des alcools prévoit et punit la détention des substances en macération ou fermentation et la possession d'un alambic. La Cour de Cassation a estimé que le texte s'appliquant aux personnes morales visait, à ce titre, les villages et associations de villages et a confirmé la condamnation à l'amende et à la confiscation de l'alambic prononcée contre la commune de Cat-Thuong (3).

Enfin, bien que la jurisprudence ne fournisse, en la matière, que des exemples relatifs à des actions civiles, il semble qu'elle soit susceptible d'admettre, le cas échéant, la responsabilité pénale de la puissance publique, en matière du délit de contrefaçon ; en tout état de cause, Tribunal des Conflits, Conseil d'Etat et Chambre Civile de la Cour de Cassation s'accordent pour attribuer compétence à la juridiction civile, en ce qui concerne la fixation de dommages intérêts (4).

42. — Il ne semble pas, selon nous, que, si tant est que la responsabilité pénale des personnes morales doive connaître une extension nouvelle, ce soient les personnes morales de droit public qui, les premières, ouvrent la voie (1). Dans ces conditions, en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement des services publics, il faut admettre que, d'une

(3) Cass. Crim. 17 juillet 1926, S. 1927, 1, 395.

(4) Cass. Civ., 1^{er} février 1892, D. P. 1892, 1, 417 ; C. d'Etat, 23 novembre 1894, *Société La Panclastite*, R. p. 625 ; T. des Conflits, 30 mars 1912, *Hennebique*, R. p. 469.

42. — (1) En sens contraire : MESTRE, *Faute administrative et faute pénale* D.H. Chroniques, 1935, p. 65.

façon générale et quasi-absolue, seul l'agent de la puissance publique peut supporter la peine. Les intérêts de la société, qui exige que toute infraction pénale soit sanctionnée pénalement, étant ainsi sauvegardés, il convient maintenant de rechercher si, tout en sauvegardant pareillement les intérêts de la victime de l'infraction, les intérêts patrimoniaux de l'agent délinquant ne peuvent pas être défendus, en atténuant la responsabilité civile qui découle de la responsabilité pénale. Cette recherche fait l'objet du Titre second de la présente étude.

TITRE SECOND

La responsabilité civile en cas d'infraction
pénale dans le fonctionnement des
services publics

TITRE SECOND

La responsabilité civile en cas d'infraction pénale dans le fonctionnement des services publics

GÉNÉRALITÉS

43. Quel est le fondement de la responsabilité de la puissance publique en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement d'un service public ?

43. — Il est certaines infractions pénales qui n'entraînent aucun dommage, et à propos desquelles ne se posent pas de problèmes relatifs à des réparations pécuniaires. Mais, le plus souvent, au délit pénal se superpose un délit ou un quasi délit civil. Un dommage, matériel ou moral, a été causé à un particulier qui réclame des réparations pécuniaires. La circonstance que le délinquant est un agent de la puissance publique est-elle de nature à influencer sur les règles de droit commun qui gouvernent la matière ? La situation du délinquant, celle de la victime en sont-elles modifiées, et si oui, dans quel sens ?

Aux termes de l'article 1384 du Code Civil, les commettants sont civilement responsables des dommages causés par les personnes qu'ils emploient dans leur service, et la jurisprudence s'est appliquée à définir dans quelles limites il convenait d'enfermer cette notion de service (1). L'article 1384, qui peut aussi bien être invoqué devant les juridictions civiles que devant les juridictions répressives saisies de l'instance civile en vertu de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle, joue

43. — (1) Voir infra n° 45.

donc, à la fois, en faveur du délinquant qui peut, en fait, se trouver dégagé des conséquences pécuniaires de son infraction, et en faveur de la victime qui trouve ainsi, dans la plupart des cas, un débiteur plus solvable que le délinquant.

Le vrai problème ici posé consiste donc à rechercher dans quelle mesure les patrimoines des personnes morales de droit public peuvent garantir la réparation pécuniaire des actes délictueux commis par les agents de la puissance publique. Mais il faut, au préalable, préciser dans quelles conditions et selon quelle procédure la responsabilité civile de la puissance publique peut être mise en cause à propos de l'infraction pénale de l'agent. D'où la division de ce titre deuxième en un Chapitre premier où sera examinée la procédure pour la mise en œuvre des responsabilités civiles, et en un chapitre second où seront exposées les combinaisons de la responsabilité civile de l'agent délinquant avec celle de la puissance publique.

CHAPITRE PREMIER

La procédure pour la mise en œuvre des responsabilités civiles en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement des services publics

SECTION I

LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

44. Article 1384 du Code Civil (responsabilité du commettant) ou faute de service 45. — L'application de l'article 1384 en droit commun. — 46. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, seule, le reconnaît comme fondement de la responsabilité de la puissance publique. — 47. L'article 1384 est inapplicable à la puissance publique. — 48. Quelles que soient les fonctions de l'agent, et la nature du service. — 49. La responsabilité de la puissance publique ne peut être engagée que par application de la théorie de la faute de service. — 50. Conséquences quant à la procédure.

44. — La procédure est tout entière commandée par le fondement qu'on attribue à la responsabilité civile de la puissance publique ; mais si la question de la compétence est subordonnée à ce problème, le fond est, pour une très grande part, dominé par sa solution. Il importe donc au premier chef de déterminer sur quel fondement repose cette responsabilité. Or, deux théories peuvent être invoquées. L'une ou l'autre sont, en fait, à la base des décisions contradictoires rendues par les différentes juridictions appelées à connaître de pareils litiges, Chambre Criminelle et Chambre Civile de la Cour de Cassation, Conseil d'Etat et Tribunal des Conflits. La première thèse consiste à soutenir que les services publics sont responsables des conséquences pécuniaires des infractions pé-

nales commises par leurs agents, selon les termes de l'article 1384 du Code Civil, c'est-à-dire selon les règles de droit commun qui régissent les rapports de commettants à preposés. La seconde thèse veut ne voir engagée cette responsabilité que dans les cas où peut être établie la faute de service, telle que le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits l'ont dégagée, telle qu'ils l'adaptent constamment aux besoins des intérêts dont ils assurent l'équilibre.

45. — Aux termes de l'article 1384 § 4 du Code Civil, les commettants sont responsables des conséquences pécuniaires des actes dommageables des personnes qu'ils emploient à leur service. Pour que cette responsabilité puisse être engagée, il faut certes que le domestique ou préposé ait agi dans l'exercice de ses fonctions; mais la jurisprudence admet la responsabilité du commettant lors même que le préposé a agi contre sa décision formelle ou par abus de fonction. Le maître, ou commettant, conserve un recours contre l'auteur du fait dommageable. Mais il se peut, qu'en dépit des apparences, il soit seul et directement responsable : on a cité le cas du chauffeur qui reçoit l'ordre de conduire à une vitesse excessive et le cas où la faute commune du commettant et du préposé conduit à une répartition du montant de la réparation (1).

L'article 1384 s'applique, en ce qui concerne les réparations civiles, qu'il s'agisse d'une infraction pénale doublée d'un délit ou d'un quasi délit civil, ou d'un simple délit civil; il est valable, en ce qui concerne les frais de la poursuite, pour l'infraction pénale (2), et même dans certains cas, déterminés limitativement par la loi, pour la peine lorsqu'elle pré-

45. — (1) H. CAPITANT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, T. II, p. 201.

(2) GARRAUD, *op. cit.*, p. 678.

sente un caractère pécuniaire (3). La responsabilité du commettant naît de la seule faute commise par le préposé. Il est inutile de rechercher si lui-même a commis une faute selon les articles 1382 et suivants du Code Civil. Enfin, le commettant, au sens de l'article 1384 peut être aussi bien une personne morale, qu'un individu (4).

46. — Ces règles sont-elles applicables quand un service public en cause ? Mais, tout d'abord, quelles sont les solutions consacrées aujourd'hui par la jurisprudence dans les cas où le délit est purement civil, et n'a donné lieu — ne pouvait donner lieu — qu'à une action civile en dommages intérêts ? La puissance publique, quel que soit le service qui en exerce les prérogatives, quelle que soit la personne morale administrative qui le gère — Etat, Département, Commune, Etablissement public — ne peut être rendue responsable dans cette hypothèse aux termes de l'article 1384 du Code Civil. Cette solution, qui ne s'appliqua longtemps qu'à l'Etat, est consacrée aujourd'hui d'une façon générale pour toutes les personnes morales de droit public, par le Tribunal des Conflits (1), le Conseil d'Etat (2) et la Chambre Civile de la Cour de Cassation (3).

Si l'on envisage maintenant le cas où le délit (ou quasi-dé-

(3) GARRAUD, *eod. loc.*

(4) GARRAUD, *op. cit.* p. 88.

46. — (1) T. des Conflits, 1^{er} février 1873, *Blanco*, R. sup. p. 71 ; 29 décembre 1908, *Feutry*, R. p. 297.

(2) C d'Etat, 4 mars 1910, *Thérond* R. p. 193 ; 6 février 1903, *Terrier*, R. p. 94.

(3) Cass. Civ. 26 février 1912, S. 1914, 1, 17 et la note de M. MESTRE.

lit) se confond avec une infraction pénale on constate une évolution semblable des juridictions précitées. Sous le bénéfice de certaines réserves (4), l'action civile, née del'infraction pénale de l'agent de la puissance publique, ne peut être intentée contre celle-ci en vertu de l'article 1384 du Code Civil : Tribunal des Conflits (5), Conseil d'Etat (6), Chambre Civile de la Cour de Cassation (7), s'accordent sur ces points.

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation adopte la thèse opposée. Contrairement à la jurisprudence de la Chambre Civile — il n'y a pas eu encore d'arrêt toutes chambres réunies pour trancher le différend entre les deux chambres — la Chambre Criminelle persiste à soutenir l'application des règles de droit commun (8). La thèse de la Chambre Criminelle s'articule en plusieurs propositions, qui se commandent les unes les autres : Aux termes de l'article 1384 du Code Civil, les commettants répondent des dommages causés par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ; — Cette disposition est générale, à moins qu'il n'y soit expressément dérogé par la législation relative au service public en cause (à ce point du raisonnement, les arrêts envisagent toujours la législation du service engagé) ; — Toute action civile intentée en vertu de cet article contre la puissance publique (Etat, Département, Commune.) à raison non d'une faute du

(4) Voir *infra* n° 54.

(5) T. des Conflits, 15 avril 1905, *dame Debref*, S. 1907, S. 3, 48. 26 mai 1924, *Lemetti*, S. 1924, 3, 49.

(6) C. d'Etat. 16 juillet 1914, *Babouet*, R. p. 882.

(7) Cass. Civ., 16 février 1925, S. 1925, 1, 154.

(8) Cass. Crim., 30 mars 1933, D. P. 1934, 1, 175 et la note de M. APPLETON ; Cass. Crim. 30 avril 1932, D. H. 1932, p. 318 ; Cass. Crim., 20 novembre 1931, D. P. 1932, 1, 16 et la note de M. APPLETON ; Cass. Crim., 28 mars 1930, S. 1930, 1, 393 ; Cass. Crim., 15 mars 1923, D. P. 1923, 1, 137 et la note de M. APPLETON, et S. 1923, 1, 385 et la note de M. ROUX.

service, mais d'une faute personnelle de l'agent, ressortit à la compétence des juridictions civiles; — Or une infraction pénale ne peut être, du point de vue de ses conséquences pécuniaires, considérée comme une faute de service, elle constitue une faute personnelle; — Donc, toute action civile intentée contre la puissance publique, à la suite d'une infraction pénale, relève de la compétence judiciaire, et cette responsabilité est engagée par application de l'article 1384 du Code Civil.

Sans s'arrêter ici à la qualification de faute personnelle donnée nécessairement par la Chambre criminelle à toute infraction pénale (9), il faut cependant souligner que la Chambre Criminelle peut prétendre par là-même, se tenir dans les limites fixées par la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Elle peut, en effet, soutenir qu'elle respecte le principe puisque la jurisprudence fermement établie et maintenue depuis l'arrêt Blanco interdit aux tribunaux judiciaires de connaître des actes d'administration, mais non des fautes personnelles des fonctionnaires.

47. — Mais le fait de qualifier ainsi faute personnelle toute infraction pénale commise par un agent de la puissance publique dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ne justifie pas pour autant l'application des règles du droit privé à la puissance publique. Depuis Laferrière (1), il est admis par la majorité de la Doctrine que l'article 1384 ne s'applique pas aux rapports qui unissent la puissance publique à ses agents (2). Tout récemment encore, M. Duez, dans son

(9) Voir *infra*, n° 59.

47. — (1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I., p. 677.

(2) DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, p. 319.

ouvrage sur la responsabilité de la puissance publique, a montré que les mêmes arguments écartaient l'application de cet article, que la faute de l'agent soit civile ou pénale. « L'article 1384 est un prolongement, une modalité de l'article 1382 du Code Civil. Ce dernier ne vise que le fait de l'homme : l'homme, c'est le citoyen, la personne privée que régit le droit civil. Ce n'est pas l'administration, la puissance publique. Quand l'article 1384 vise les maîtres, les commettants, les domestiques et préposés, il ne prévoit que des rapports de droit civil entre personnes privées dont l'une emprunte le secours de l'autre pour son service et ses affaires personnelles. Or, lorsque l'Etat et les collectivités décentralisées font appel à l'activité d'agents, c'est pour gérer le service public et les affaires d'intérêt général. La situation est juridiquement toute différente.... Les rapports entre la puissance publique et la plupart de ses agents ressortissent au droit public et s'analysent même le plus souvent, en dehors de tout élément contractuel, en situations légales et réglementaires. L'extension par analogie de l'article 1284 est donc juridiquement impossible dans la majeure partie des cas ». Il suffit, au reste, pour s'en convaincre, de rappeler que dans les cas qui nous retiennent ici, les délinquants sont, le plus souvent, soit des militaires, soit des magistrats municipaux, dont la situation est totalement différente de celle des « domestiques et préposés ». Cette démonstration, toute pratique, permet de ne pas insister sur les difficultés théoriques que l'on rencontre à vouloir soutenir la possibilité pour la puissance publique de participer, au même titre qu'un particulier ou qu'une personne morale de droit privé, à un contrat de travail (3).

(3) BONNARD, note sous Cass. Crim., 28 mai 1930, S. 1930, 1, 393.

48. — Les rapports de la puissance publique et de ses agents sont d'une nature spéciale qui ne peuvent s'accommoder des règles du droit privé. Dès qu'un service public est en cause, les règles du droit privé, de ce point de vue, doivent être écartées. Ce n'est pas que certaines analogies ne puissent être constatées entre la situation du droit public et celle du droit privé. Il est peut-être anormal de vouloir uniformiser ainsi le statut du militaire, du maire, de l'agent de police, du sous-préfet, de l'agent voyer, de l'architecte municipal, du conducteur du camion d'enlèvement des ordures ménagères, du poseur de fils téléphoniques.... Mais, il faut, selon nous, se tenir en la matière à une règle simple et fixe : en matière de responsabilité civile du fait d'autrui, la puissance publique est soumise à des règles qui lui sont propres.

Il ne faut donc pas distinguer selon que les fonctions de l'agent sont permanentes ou temporaires. Contrairement à ce que laissent supposer certaines décisions des juridictions civiles (1), la circonstance que le délinquant est un agent auxiliaire ne saurait en rien justifier l'application de l'article 1384 à la puissance publique. Le fait que toutes les formalités requises pour l'exercice régulier d'une fonction publique n'étaient pas remplies au moment de l'infraction pénale ne suffit pas à placer la personne morale publique, vis à vis de l'agent, dans une situation de droit privé. Lorsque la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation s'appuie, par exemple, entre autres motifs pour appliquer l'article 1384 à une commune, sur ce que le délinquant « gardien municipal du parc de Sarreguemines remplissait les fonctions de garde-champêtre, sans avoir prêté serment et à titre de simple particulier salarié de la

48. — (1) T. des Conflits, 21 juin 1937, *Garcia di Lamazzio*, Gaz. Trib. 21 mai 1938.

commune » (2), elle introduit une notion étrangère aux vraies données du problème qui est dominé par la seule présence de la puissance publique.

Il ne convient donc pas davantage de prendre en considération la nature du service en cause, du moins quand il s'agit bien d'un service public. La matière de la gestion du domaine privé reste, par contre, traditionnellement soumise aux règles du droit privé (3) comme le confirme un arrêt récent de la Chambre des requêtes rendu en matière d'infraction pénale (4) : des ouvriers travaillaient à défricher une bande de terrain faisant partie du domaine privé d'une commune ; ils provoquèrent un incendie dans des bois voisins et furent condamnés par application de l'article 458 du Code Pénal. La Chambre des requêtes, saisie d'une action civile en dommages intérêts, a admis la responsabilité de la commune, parce que si ces ouvriers « ont opéré un débroussaillage qui avait pour but d'empêcher la propagation des incendies, cette opération n'était pas un service public, elle incombait à la commune en sa seule qualité de propriétaire, et elle n'était que l'un des travaux imposés à tous les propriétaires de la commune, quels qu'ils soient, dans l'intérêt de la sécurité publique. »

Mais il n'y a pas lieu de distinguer selon le caractère du service public, contrairement à une opinion momentanément admise par le Tribunal des Conflits. Selon l'opinion émise par la haute juridiction dans l'arrêt *Mélinette*, il conviendrait de s'appuyer sur l'article 1384 pour engager la responsabilité civile de la puissance publique à raison du délit commis par l'un

(2) Cass. Crim., 28 mai 1930, D. P. 1930, 1, 61 et la note de M. APPLETON et S. 1930, 1, 393 et la note de M. BONNARD.

(3) T. des Conflits, 24 mai 1884, *Linas*, R. p. 436. — Voir HAU-RIOU, op. cit., p. 534.

(4) Cass. Req., 2 juillet 1929, S. 1930, 1, 21.

de ses agents, lorsque l'infraction a été commise « au cours de l'exécution d'un service assuré dans des conditions assimilables à celles dans lesquelles le serait un service public industriel ». Dans l'espèce en question, le Tribunal admettait que la responsabilité civile d'une commune put être engagée à raison du délit de blessures par imprudence commis par le conducteur d'une voiture d'ordures ménagères; il estimait l'autorité judiciaire compétente selon l'article 1384 « pour déclarer une administration communale civilement responsable envers les victimes des délits commis par ses préposés dans l'exercice ou à l'occasion de fonctions ne rentrant point..... dans les attributions exclusives de la puissance publique » (5).

Cette décision a soulevé d'ailleurs les plus vives critiques (6). Le criterium est imprécis et ses difficultés d'application seraient de nature à porter à nouveau la confusion dans une matière que le Tribunal des Conflits avait éclaircie et unifiée. Aussi bien, et en dépit de l'adhésion apportée au système de l'arrêt *Mélinette* par la Chambre Civile de la Cour de Cassation (7), le Tribunal des Conflits semble décidé à ne pas persévérer dans la voie qu'il avait ouverte (8). Nous n'hésitons pas, quant à nous, et malgré l'opinion contraire émise par des auteurs éminents (9), à rejeter l'article 1384 de la

(5) T. des Conflits, 11 juillet 1933, *dame Mélinette*, S. 1933, 3, 97 et la note de M. R. ALIBERT, D. P. 1933, 3, 65 et la note de M. BLAEVOËT, avec conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement ROUCHON-MAZERAT, Rec. Gaz. Trib., 1933, II, 2, 188 et la note de M. HOUEL.

(6) Voir les notes publiées sous l'arrêt précité. Adde : MATHIOT, *Les accidents causés par les Travaux Publics*, Thèse, Paris 1934, p. 94.

(7) Cass. Civ., 24 novembre 1936, Rec. Gaz. Pal., 1937, I, 64.

(8) T. des Conflits, 27 novembre 1933, *époux Verbanck*, D.P. 1934, 3, 11, et la note de M. WALINE, avec les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement ROUCHON-MAZERAT.

(9) DUEZ, op. cit., p. 268.

théorie de la responsabilité de la puissance publique, quelle que soit la nature du service en cause.

Disons enfin et pour en terminer avec cette question de principe, que cette solution ne peut être, en effet, qu'absolue. Elle ne saurait être tournée par l'intermédiaire d'une disposition de procédure (10). La responsabilité civile de la puissance publique ne doit pas être mise en cause, à raison d'une infraction pénale, selon les règles du droit privé, qu'il s'agisse des dommages intérêts proprement dits ou des frais de l'instance pénale (11).

49. — Mais la responsabilité de la puissance publique peut être engagée, bien que l'article 1384 du Code Civil ne lui soit pas applicable. En matière purement civile, lorsque le fonctionnement d'un service public a donné lieu à des faits susceptibles d'être qualifiés délits ou quasi-délits, la puissance publique peut en être rendue responsable. Le départ entre les faits qui entraînent la responsabilité de l'agent et ceux qui entraînent la responsabilité de la puissance publique s'effectue d'après la distinction entre la faute personnelle et la faute de service. La première est appréciée par les juridictions civiles, la seconde par les juridictions administratives.

Ce n'est pas ici le lieu de développer dans son ensemble une théorie dont les bases doivent être cherchées dans le célèbre arrêt Blanco (1) : « La responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être

(10) Voir infra n^{os} 54 et ss.

(11) T. des Conflits, 21 juin 1937, *Garcia di Lamazzio*, Gaz. Trib. 13 janvier 1938.

49. — (1) T. des Conflits, 1^{er} février 1873, *Blanco*, R. sup., p. 71.

régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil pour les rapports de particulier à particulier ; cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. »

Or ces raisons sont valables au cas où la responsabilité de la puissance publique est mise en cause à la suite d'une infraction pénale. Le Tribunal des Conflits utilise alors la formule même de l'arrêt Blanco (2), ou quelque formule similaire (3). La Chambre Civile de la Cour de Cassation s'exprime en des termes voisins (4).

50. — Les conditions dans lesquelles la faute de service peut être établie à l'occasion d'une infraction pénale de l'agent seront exposées au Chapitre suivant (1). Il s'agissait seulement ici de montrer que si cette responsabilité devait être engagée, elle ne pouvait être recherchée qu'à travers la notion administrative de faute de service.

La responsabilité civile de la puissance publique ayant un

(2) T. des Conflits, 4 juillet 1935, *veuves Chiron et Marquet*, R. p. 1248 ; 27 novembre 1933, *époux Verbanck*, D.P. 1934, 3, 11 et la note de M. WALINE avec les conclusions de M. ROUCHON-MAZERAT ; 24 mars 1923, *Fabry*, R. p. 3112.

(3) T. des Conflits, 26 mai 1924, *veuve Limetti*, S. 1924, 3, 49 et la note de M. HAURIOU ; 15 avril 1905, *dame Debref*, S. 1907, 3, 48.

(4) Cass. Civ., 3 mars 1931, S. 1931, 1, 216 : « La responsabilité qui peut incomber à une commune en raison du dommage causé, au cours de l'exécution d'un service public, par un de ses agents, ne peut être appréciée qu'au regard tant des règles spéciales qui régissent les rapports de l'administration municipale avec ces derniers que de celles qui déterminent, en cas de faute de leur part, l'étendue de ses obligations envers les tiers ; quelle que soit la nature de la faute imputée à l'agent de la commune, une pareille appréciation relève nécessairement de la compétence de l'autorité administrative. »

50. — (1) Voir infra, n^{os} 61 et ss.

fondement différent de celui de la responsabilité pénale et civile de l'agent, les recours ne pourront évidemment pas être joints. Or, cette dualité de recours, qui s'avère inévitable dans l'état actuel des institutions juridiques et administratives, entraîne, au bénéfice ou au détriment des parties en cause, victime, délinquant, puissance publique, des avantages ou des inconvénients que déterminent, en partie, les règles de procédure. La procédure pour la mise en œuvre de la responsabilité civile de la puissance publique et de la responsabilité civile de l'agent à raison de l'infraction pénale commise dans le fonctionnement d'un service public fait l'objet de la section II du présent chapitre.

SECTION II

LA PROCÉDURE POUR LA MISE EN ŒUVRE DES RESPONSABILITÉS CIVILES

§. 1 — La responsabilité civile de l'agent de la puissance publique.

51. Application des règles du droit commun. — 52. La compétence : l'option entre la juridiction civile et la juridiction répressive. — 53. Dispositions spéciales du Code de justice militaire.

51. — Le droit commun est applicable sans restrictions. L'action civile en dommages intérêts subit, dans une certaine mesure, l'influence des règles qui gouvernent l'action publique. Aux termes de l'article 2262 du Code Civil, l'action en dommages intérêts se prescrit par trente ans ; mais lorsque l'acte dommageable constitue une infraction pénale, l'action civile pour la réparation des dommages est soumise à la même prescription que l'action publique pour l'application de la

peine (1) : cette prescription est de dix ans pour les crimes, trois ans pour les délits correctionnels, un an pour les contraventions de police (2). La rigueur de cette règle est atténuée par la jurisprudence de la Cour de Cassation qui admet « qu'elle s'applique uniquement au cas où l'action civile naît exclusivement et directement de l'acte délictueux » (3).

Par ailleurs, l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle précise que « l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique ». Il s'agit là non d'une obligation, mais d'une possibilité, qui, en fait, est conforme à l'intérêt général, à l'intérêt particulier de la personne lésée, à l'intérêt de la justice (4). Mais l'action civile peut être intentée séparément, devant la juridiction civile : « dans ce cas, l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile ». Enfin, la chose jugée au criminel peut rendre irrecevable la demande intentée au civil postérieurement au jugement.

52. — Il faut cependant remarquer qu'une exception, importante en notre matière, est apportée aux règles de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle. L'article 8 du Code de Justice Militaire spécifie que « la justice militaire ne statue que sur l'action publique ; aucune personne ne peut se porter partie civile devant les tribunaux militaires ». Cette disposition serait de nature à léser les intérêts de la victime si on laissait jouer librement le principe de l'autorité de la chose jugée, en cas

51. — (1) Article 2 du Code d'Instruction Criminelle.

(2) Articles 637, 638, 640 du Code d'Instruction Criminelle.

(3) CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 163.

(4) DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 658.

d'acquiescement par le tribunal militaire. Mais la jurisprudence décide que les jugements de cette juridiction n'étant pas motivés, la juridiction civile peut, dans certains cas, condamner à des dommages intérêts le militaire acquitté du chef d'homicide ou de blessures par imprudence (1).

Toutefois, le champ d'application de ces dispositions se trouve limité par la règle générale de compétence édictée par l'article 2 du nouveau Code de Justice Militaire pour l'armée de terre. Désormais, en effet, les juridictions militaires des armées de terre n'ont plus à connaître, en temps de paix, que « des infractions spéciales d'ordre militaire. » « Tous les autres crimes, délits, ou contraventions commis par les militaires ou assimilés, en temps de paix, sont jugés, au début des audiences, par les tribunaux ordinaires, conformément aux dispositions du Code d'Instruction Criminelle, du Code Pénal et des lois pénales de droit commun. »

53. — Les restrictions apportées à l'élévation du conflit en matière criminelle et en matière correctionnelle, ne valent pas, on l'a vu, pour l'action civile, même lorsque celle-ci est exercée devant les juridictions répressives (1). Or, le conflit peut être élevé non seulement quand la puissance publique est directement mise en cause, mais encore lorsqu'un agent seul est visé par la demande de la partie civile : la puissance publique, dans ce cas, entend voir substituer sa responsabilité propre à celle de son agent. Mais le libre jeu de ces dispositions aboutit, on le verra plus loin, à une contradiction formelle, avec le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, comme avec la règle de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle (2).

52. — (1) Voir HÉBRAUD, *L'autorité de la chose jugée au Criminel sur le Civil*, Thèse, Toulouse, 1929.

53. — (1) Voir supra n° 18.

(2) Voir infra n° 70.

§ 2. — La responsabilité civile de la puissance publique.

54. La compétence administrative; la restriction apportée par la Chambre Criminelle par application de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle. — 55. Réfutation de la thèse de la Chambre Criminelle. — 56. Indépendance absolue de l'action contre l'administration vis-à-vis de l'action contre l'agent : prescription, autorité de la chose jugée.

54. — Les développements précédents (1), relatifs au fondement qu'il convient d'attribuer à la responsabilité de la puissance publique, ont montré que celle-ci ne pouvait être appréciée que par la juridiction administrative : ainsi le veulent et la règle générale de la séparation des autorités administrative et judiciaire, et la nature particulière du lien qui unit la puissance publique à ses agents. Le Tribunal des Conflits, le Conseil d'Etat et la Chambre Civile de la Cour de Cassation s'accordent sur ces points, lorsque l'action civile est portée devant la juridiction civile, lors même qu'elle est basée sur une infraction pénale.

Par contre, lorsque l'action en dommages intérêts contre la puissance publique est jointe à l'action publique, la Chambre Criminelle estime que la disposition de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle est absolue et entraîne la compétence de la juridiction répressive pour apprécier la responsabilité de la puissance publique. Celle-ci se trouve alors, par application de l'article 74 du Code d'Instruction Criminelle, tomber sous le coup de l'article 1384 du Code Civil (2). Cette thèse est d'ailleurs adoptée — la réserve incidente insérée dans divers arrêts

54. — (1) Voir supra n^{os} 44 et ss.

(2) Cass. Crim. 20 novembre 1931, D.P. 1932, 2, 16 et la note de M. APPLETON; 28 mai 1930, S. 1930, 1, 393.

en fait foi — par la Chambre Civile (3), qui en fait une application spéciale à la matière des travaux publics (4).

55. — Elle est inadmissible. Seuls les adversaires déterminés des juridictions administratives peuvent l'approuver (1) ; elle est rejetée par la majorité de la doctrine. Nous ne saurions mieux faire que de reproduire ici l'exposé magistral des raisons qui militent en faveur de ce rejet, tel qu'il est développé dans l'ouvrage de M. Duez, sur *la Responsabilité de la puissance publique* : « Cette manière de construire la compétence judiciaire et de la lier, en l'espèce, à l'application des règles du Code Civil ne nous paraît pas satisfaisante. Elle repose sur une interprétation étriquée des textes. On invoque l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle, mais on laisse entièrement de côté la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Or celle-ci, à raison de son caractère constitutionnel et de ses attaches étroites avec un certain équilibre des pouvoirs publics, doit, à notre sens, prévaloir sur la règle de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle, qui n'est, à tout prendre, qu'une simple règle de procédure visant les rapports de l'action pénale et de l'action civile, donc du juge judiciaire répressif et du juge judiciaire civil. En d'autres termes, l'article 3 précité sert à délimiter les compétences des deux juges judiciaires en apportant une exception à la règle de spécialisation des compétences, au profit du juge répressif. Et dans notre matière, c'est une question d'ordre supérieur à celle-là qui est en jeu : la délimitation des compétences du juge judiciaire et du juge administratif. L'article 3 du Code d'Instruc-

(3) Cass. Civ., 19 mars 1935, D.H. 1935, p. 267; 27 février 1935, Rec. Gaz. Pal., 1935, 1, 109.

(4) Cass. Civ., 7 mai 1935, Rec. Gaz. Trib., 1935, 1, 129.

55. — (1) LUCHET, op. cit.

tion Criminelle lui demeure totalement étranger. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation applique donc à tort un texte qui n'a pas été édicté pour trancher le vrai problème qui se pose.

« En second lieu, le système de la Chambre Criminelle, par la combinaison de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle et de l'article 74 du Code Pénal, aboutit à une conséquence logiquement inadmissible. L'application des textes précités amène, en effet, le retour, en notre matière, de l'article 1384 du Code Civil, alors que celui-ci est désormais totalement éliminé dans la théorie de la responsabilité administrative. Par quel mystère ce qui est jugé inapplicable quand la faute de l'agent ne s'analyse pas en un délit pénal ou quand, s'analysant en un délit pénal, la victime du dommage n'a pas soudé son action civile à l'action pénale, deviendrait-il la vérité juridique quand la double poursuite a lieu devant le juge répressif ? Par quelle vertu le caractère délictueux de la faute de l'agent pourrait-il avoir cet effet de briser l'unité des solutions de fond en ce qui concerne la responsabilité administrative ? Qu'on n'invoque pas la lettre de l'article 74 du Code Pénal : celui-ci ne saurait pas plus que l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle primer la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Il ne fait que tracer la ligne de conduite à suivre par le juge répressif statuant sur l'action pénale, mais bien entendu, lorsque le juge est compétent pour statuer. L'erreur de la Chambre Criminelle vient de ce qu'elle a interprété les articles 3 du Code d'Instruction Criminelle et 74 du Code Pénal comme s'ils avaient une portée absolue, leur faisant entamer les principes mêmes du droit public. Et son interprétation la conduit à un système irrationnel peu acceptable dans ses conséquences » (2).

(2) DUEZ, *op. cit.*, p. 140.

56. — L'action en responsabilité intentée contre la puissance publique à raison d'une infraction pénale commise dans le fonctionnement d'un service public, vit donc d'une vie propre, absolument indépendante de l'action civile intentée contre l'agent délinquant. Il en résulte, en premier lieu, qu'elle n'est pas soumise à la même prescription. Elle ne peut s'éteindre que par la prescription trentenaire (1), disposition qui joue en faveur de la victime qui aura laissé prescrire l'action civile contre le délinquant.

Par ailleurs, l'autorité de la chose jugée au criminel ne peut avoir, devant la juridiction administrative, appelée à connaître de la faute de service, que la valeur d'un « élément d'appréciation » (2). Les exemples abondent qui prouvent l'indépendance absolue des deux actions, la responsabilité civile de l'administration étant engagée, alors que l'agent délinquant a été acquitté ou a bénéficié d'un non-lieu (3).

Au détriment de la victime, on remarquera que la juridiction administrative ne reconnaît pas le préjudice moral (4) que la juridiction civile indemnise, et que le système, compliqué, aboutit à un trop grand retard dans le règlement des indem-

56. — (1) C. d'Etat, 22 mai 1912, *veuve Augé-Chiquet*, S. 1916, 3, 14.

(2) C. d'Etat, 22 mars 1922, *Raffineries Say*, R. p. 254. — Voir JÈZE, *Les principes généraux du Droit administratif*, 3^e ed., T. I, p. 322 ; HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 159.

(3) C. d'Etat, 18 novembre 1931, *Mutuelle Générale française*, R. p. 1000 ; 3 juin 1921, *Desrées*, R. p. 545 ; 20 février 1920, *veuve Waechter*, R. p. 191 ; 22 novembre 1918, *veuve Blampin*, D.P. 1920, 3, 1 et la note de M. APPLETON ; 10 août 1917, *Farges*, R. p. 657 ; 7 juillet 1911, *Midaly*, D.P. 1913, 3, 127 ; 1^{er} avril 1892, *Clément*, S. 1894, 3, 26 ; 1^{er} juillet 1892, *veuve Vaccaro*, S. 1894, 3, 59.

(4) C. d'Etat, 5 janvier 1935, *héritiers Baux*, Rec. Gaz. Pal., 1935, 1, 535.

nités finalement dues à la victime (5), inconvénients qui sont comme la rançon payée pour assurer le maintien de la règle constitutionnelle.

(5) T. des Conflits, 6 décembre 1937, *Cornu*, Gaz. Trib., 21 mai 1938 : le délit a été commis le 20 juin 1932 ; il a donné lieu à une condamnation pénale le 25 août 1932 et la compétence quant aux réparations pécuniaires, n'est fixée, par le Tribunal des Conflits, que le 6 décembre 1937 !

CHAPITRE SECOND

Les responsabilités civiles de l'agent et de la puissance publique en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement des services publics.

57. Division du Chapitre.

57. — Les développements qui précèdent ont permis d'établir qu'une infraction pénale commise dans le fonctionnement des services publics pouvait engager la responsabilité civile de l'agent délinquant et la responsabilité civile du service public en cause, mais que les deux actions devaient être engagées distinctement, dans des conditions et devant des juridictions différentes. L'examen des solutions fournies, en la matière, par la jurisprudence, permet de les classer en trois groupes qui seront l'objet d'une étude successive dans le présent chapitre : cas où la responsabilité pénale de l'agent exclut toute responsabilité civile de la puissance publique (Section I) ; cas où la responsabilité pénale de l'agent est compatible avec le cumul de la responsabilité civile de l'agent et de la responsabilité civile de la puissance publique (Section II) ; cas où la responsabilité pénale de l'agent exclut toute responsabilité civile de l'agent, mais entraîne la responsabilité civile de la puissance publique (Section III).

Ces trois systèmes ont été élaborés successivement par la jurisprudence ; le dernier est tout récent puisqu'à notre connaissance, il ne remonte pas au-delà de 1935. Ils demeurent tous trois en vigueur et leur juxtaposition constitue la théorie iurisprudentielle de la responsabilité civile à raison d'une infraction pénale commise dans le fonctionnement d'un service public.

SECTION I

CAS OU LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'AGENT EXCLUT TOUTE RESPONSABILITÉ CIVILE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

58. Le principe de l'identité de la faute pénale et de la faute personnelle.
— 59. L'incompatibilité de la faute personnelle et de la faute de service, selon la jurisprudence ancienne. — 60. Abandons successifs de ces deux principes.

58. — On a vu (1) que des faits constitutifs d'une infraction pénale ne perdaient que très exceptionnellement cette qualité par la raison seule qu'ils étaient liés au fonctionnement d'un service public. Dans ces conditions, et selon les règles mêmes du droit commun, applicables en l'occurrence, dès l'instant qu'une action civile est intentée contre un agent de la puissance publique condamné pénalement, sa condamnation civile à des dommages intérêts au bénéfice de la victime ne doit pas faire de doute.

Le système jurisprudentiel de la responsabilité civile de la puissance publique ne peut reposer que sur la distinction fondamentale entre la faute personnelle et la faute de service. Ce n'est pas ici le lieu de rappeler l'évolution de cette distinction ni de définir, d'une façon générale, la faute personnelle par opposition à la faute de service. Il convient par contre de préciser le rôle joué par l'infraction pénale dans l'établissement de la théorie.

La Doctrine a longtemps considéré que le cas de l'infraction pénale ne souffrait pas même de discussion : l'infraction pénale constituait au premier chef la faute personnelle. Les divergences d'opinion relatives au criterium permettant de distinguer faute personnelle et faute de service ne touchaient pas

58. — (1) Voir *supra* n^{os} 30 et ss.

l'infraction pénale : que l'on utilisât, avec Laferrière, le criterium des passions personnelles, avec Hauriou, le criterium du fait détachable, avec Duguît, le criterium du but, l'infraction pénale était et demeurerait faute personnelle. M. Dupeyroux (3) résume ainsi ce point de vue : « Il y aura fait personnel et par conséquent compétence judiciaire et appréciation de la responsabilité suivant les principes du droit civil, d'abord, de toute évidence, semble-t-il, lorsque le fonctionnaire s'est rendu coupable d'un délit de droit commun ; l'administration ne saurait commettre des actes de cette sorte, ni en répondre. Sur ce point, il semble qu'il n'y ait aucun doute, un tel acte ne peut avoir le caractère administratif » (4).

59. — La jurisprudence administrative (1) et civile (2) est restée longtemps conforme au principe posé par la Doctrine. La notion d'infraction pénale servait même, avec celle de dol, à établir, par comparaison, dans des matières expressément civiles où ne se mêlait aucun élément pénal, l'existence de la faute personnelle. Bien plus, l'égalité faute pénale-faute personnelle jouait même si l'infraction pénale n'avait donné lieu à aucune poursuite répressive (3), même si ces poursuites s'é-

(3) DUPEYROUX, op. cit., p. 59. — Voir également, p. 100.

(4) AUCOC, *Conférences de droit administratif*, n° 426; CHANTE-GRELLET et PICHAT, *Les fonctionnaires publics*, dans le Répertoire Béquet, n° 272; DARESTE, *Les voies de recours contre les actes de puissance publique*, p. 545; BERNARD, *La responsabilité personnelle des fonctionnaires envers les tiers*, Thèse, Bordeaux, 1909, p. 122; LALOU, op. cit., p. 665 et note au D.P. 1914, 2, 129; DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1^{re} ed., p. 164; JÈZE, *Revue du Droit Public*, 1909, p. 274; MATHIOT, *Les accidents de travaux publics*, 1934, p. 228.

59. — (1) T. des Conflits, 10 décembre 1898, *de Mirandol*, D.P. 1900, 3, 29; C. d'Etat, 29 juin 1924, *Epoux Lallement*, R. p. 755.
(2) Cass. Civ. 30 décembre 1930, S. 1931, 1, 217 et la note de M. BONNARD; Cass. Civ. 7 février 1923, S. 1923, 1, 347.
(3) T. des Conflits, 13 novembre 1875, *Lacombe*, D.P. 1876, 3, 51.

taient terminées par un non lieu consécutif à une mesure générale d'amnistie. La jurisprudence estimait que la seule circonstance que les faits « s'ils étaient établis », ou « s'ils étaient prouvés » auraient constitué une infraction pénale, suffisait à donner à la faute un caractère personnel.

Mais le système jurisprudentiel longtemps en vigueur ne se caractérisait pas uniquement par cette égalité fondamentale. Celle-ci s'incérait dans une formule plus large qui comportait l'incompatibilité de la faute personnelle avec la faute de service : c'est dire que toute infraction pénale excluait la responsabilité de la puissance publique.

60. — Or ce principe fut successivement renversé sur ces deux points : la faute pénale fut déclarée compatible avec la faute de service ; la faute pénale fut même déclarée incompatible avec la faute personnelle. L'étude de cette évolution constituera l'objet des sections II et III du présent chapitre. Mais la jurisprudence reconnaît encore aujourd'hui, dans un grand nombre de cas, et l'égalité inévitable faute pénale-faute personnelle et l'incompatibilité faute pénale-faute de service.

SECTION II

CAS OU LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'AGENT EST COMPATIBLE AVEC LE CUMUL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'AGENT ET DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.

61. Le cumul des responsabilités de la puissance publique et de l'agent délinquant. — 62. Les conditions auxquelles il peut être reconnu dans le cas d'infraction pénale. — 63. La faute de service est distincte des faits qui constituent l'infraction pénale. — 64. La faute de service doit être recherchée dans ces faits eux-mêmes. — 65. La règle du non cumul des indemnités.

61. — On a vu que, dans la majorité des cas, des faits constitutifs d'infraction pénale, constatés dans le fonctionne-

ment d'un service public, entraînaient l'application d'une sanction pénale, lorsque l'agent, coupable de l'infraction, pouvait être connu (1). Cette sanction est juridiquement possible parce que les faits se détachent, en l'occurrence, de la fonction publique. Dans ces conditions, y a-t-il place pour une responsabilité de la puissance publique ? Il n'est pas besoin d'insister sur les avantages qui résultent pour la victime de la possibilité d'intenter une action en dommages-intérêts contre la puissance publique dont la solvabilité constitue une garantie autrement plus sérieuse que le patrimoine, souvent modeste, de l'agent délinquant.

Il convient, tout d'abord, de noter que rien ne s'oppose, en principe, à ce que soit examinée la possibilité d'engager la responsabilité de la puissance publique à propos d'infractions pénales commises par des particuliers (2). Or, il a été établi que le fondement de la responsabilité de la puissance publique, dans l'hypothèse qui nous occupe, ne pouvait pas être recherchée dans l'application de l'article 1384 du Code Civil : seule, la faute de service peut justifier cette responsabilité. Dès lors, en cas d'infraction pénale, l'agent de la puissance publique n'existe plus comme tel ; rien ne s'oppose à ce qu'il soit considéré comme un simple particulier : la responsabilité de la puissance publique peut être mise en cause parallèlement à la sienne.

Théoriquement possible, le cumul des responsabilités fut pratiquement rejeté par la jurisprudence jusqu'en 1909. Il semble bien que ce soit le raisonnement consistant à définir la faute personnelle par opposition à la faute de service qui

61. — (1) Voir supra n^{os} 19 et ss.

(2) C. d'Etat, 31 octobre 1928, *Pernot*, R. p. 1166 ; C. d'Etat 23 juin 1916, *Thévenet*, R. p. 244.

ait si longtemps permis d'exclure l'une des circonstances où l'autre était reconnue. Le système n'offrait pas de grands inconvénients tant que la responsabilité de la puissance publique n'était admise que tout à fait exceptionnellement. Il devait disparaître avec le développement de cette responsabilité. Nous n'avons pas formé le propos, dans cette étude essentiellement descriptive, de justifier autrement l'abandon de cette règle ancienne du non cumul, non plus que de développer les considérations qu'il peut suggérer du point de vue constitutionnel (3). Les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Blum, pour l'arrêt Lemonnier (4), précisent, au reste, la question : « Si la faute personnelle, écrit-il, a été commise dans le service ou à l'occasion du service, si les moyens et les instruments de la faute ont été mis à la disposition du coupable par le service, si la victime n'a été mise en présence du coupable que par l'effet du jeu du service ; si, en un mot, le service a conditionné l'accomplissement de la faute, ou la production de ses conséquences dommageables vis à vis d'un individu déterminé, le juge administratif alors pourra et devra dire : la faute se détache peut-être du service, c'est affaire aux tribunaux judiciaires d'en décider, mais le service ne se détache pas de la faute. »

Si le cumul des responsabilités a été pour la première fois, à notre connaissance, admis dans une espèce essentiellement civile (5), il a été très vite appliqué au cas d'infraction péna-

(3) Voir notamment JÈZE, note à la R.D.P., 1910, p. 72 et ss. ; FLINIAUX, article à la R.D.P. 1922, p. 283 et ss. ; DUEZ, op. cit., p. 91 et ss.

(4) C. d'Etat, 26 juillet 1918, LEMONNIER, S. 1918-19, 3, 41 et la note de M. HAURIOU.

(5) C. d'Etat, 12 février 1909, *Compagnie Générale du Congo français*, D.P., 1910, 3, 111.

le (6), non seulement lorsque le délinquant ne pouvait être identifié (7), mais encore lorsqu'il était connu, poursuivi et condamné.

62. — Mais le principe n'entraîne pas application automatique de la responsabilité de la puissance publique. La formule ancienne conserve, en l'occurrence, toute sa valeur : cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; elle varie selon les besoins du service. Elle doit être appréciée in concreto. Mais il s'en faut que les décisions de la jurisprudence administrative soient toujours explicites sur les détails de l'examen auquel il a été procédé. La formule lapidaire : « dans les conditions où les faits se sont produits..... », qui est le plus généralement utilisée dans les décisions de rejet (1), ne facilite guère la tâche du commentateur désireux de fixer les limites d'application du système. Il est vrai que les décisions qui reconnaissent et mettent en jeu le cumul sont plus souvent explicites (2).

Pour que la responsabilité de la puissance publique puisse être mise en jeu à raison d'une infraction pénale, il faut que l'on puisse établir un lien entre l'infraction et le service. « L'exercice des fonctions » par l'agent délinquant constitue, presque toujours, selon l'arrêt initial en la matière (3), une condition nécessaire. Cependant, il peut arriver que la responsabilité de la puissance publique soit engagée alors que

(6) C. d'Etat, 3 février 1911, *Anguet*, S. 1911, 3, 137 et la note de M. HAURIOU.

(7) T. des Conflits, 17 juin 1918, *Fermentel*, R. p. 596 ; 6 mai 1918, *Lempereur*, R. p. 417.

62. — (1) C. d'Etat, 14 mai 1924, *Demoiselle Thouniaux*, R. p. 466 ; 2 mai 1924, *Crenn*, R. p. 437.

(2) C. d'Etat, 15 décembre 1922, *Balayn*, R. p. 950 ; 24 février 1922, *Perchat*, R. p. 181 ; 14 novembre 1919, *Lhuillier* ; R. p. 189.

(3) C. d'Etat, 12 février 1909, précité.

l'agent était en dehors de l'exercice de ses fonctions : l'Etat a été condamné à verser des dommages intérêts à la victime d'un accident imputable à une faute personnelle d'un militaire, commise en dehors du service « parce que l'autorité militaire n'avait pas pris de mesures suffisantes pour empêcher la sortie de l'automobile militaire dans des conditions contraires aux règlements » (4). A la suite de pillages commis par des tirailleurs, l'Etat fut également condamné, parce que, dans les circonstances de l'espèce « l'autorité militaire, qui connaissait l'état d'effervescence dans lequel se trouvaient les canonniers cantonnés au quartier..... à la suite de bagarres qui s'étaient produites l'après-midi, avait commis une faute de service en laissant sortir en armes des tirailleurs et en ne prenant aucune mesure pour empêcher qu'ils n'exercent en ville des représailles » (5).

Le fait que l'infraction pénale a été perpétrée sur le lieu normal et habituel de l'exercice des fonctions, ne suffit pas à engager la responsabilité de la puissance publique. Il a été jugé (6) qu'une tentative de meurtre commise sur la personne de la femme d'un sous-officier logé dans un camp, par un caporal de tirailleurs, constituait une faute se détachant complètement du service public, et qu'aucune circonstance ne pouvait être relevée de nature à engager la responsabilité de l'Etat. Une dame *Trinder* ayant été victime d'une agression, dans une cour de l'Ecole spéciale militaire de Saint-Cyr, de la part d'un brigadier, il a de même été jugé que « si l'agression s'était produite à l'intérieur d'un établissement militaire, le dommage était la conséquence d'un délit de droit commun

(4) C. d'Etat, 30 mars 1928, *Robert Jullien*, R. p. 487.

(5) C. d'Etat, 28 mars 1924, *Loumi Daoud*, R. p. 354.

(6) C. d'Etat, 17 janvier 1934, *dame Cartier*, R. p. 86.

se détachant du service public », car aucune circonstance ne pouvait être relevée de nature à engager la responsabilité de l'Etat (7) .

63. — La faute du service public réside, le plus souvent, dans une mauvaise organisation. C'est à ce titre, par exemple, que peut être engagée la responsabilité d'un département qui gère un preventorium : la détermination des autorités habilitées à donner des ordres, la prescription des précautions générales qui doivent être observées dans les soins, l'horaire des visites, tous ces éléments sont de nature à justifier la responsabilité de la puissance publique, lors même qu'un veilleur de nuit a pu être condamné pour homicide par imprudence (1). Dans le service des douanes, l'organisation du service doit prévoir les contrôles nécessaires pour empêcher l'établissement frauduleux de certains certificats (2). D'une façon générale, la faute du service s'analyse en un manque de surveillance.

Dans tous ces cas, on peut dire, avec M. Duez (3), qu'il y a « juxtaposition de l'action en responsabilité contre le patrimoine administratif et de l'action en responsabilité personnelle de l'agent, plutôt qu'un cumul, qu'une superposition proprement dite des deux actions. Dans les faits de l'espèce, on opère un triage : certains faits vont constituer la faute personnelle et permettre l'action en responsabilité contre l'agent devant les tribunaux judiciaires ; d'autres faits constitueront la

(7) C. d'Etat, 29 novembre 1933, *dame Trinder*, R. p. 110.

63. — (1) C. de Préfecture de Lille, 25 janvier 1937, *Lemaire*, Rec. Gaz. Pal., 1937, 1, 396.

(2) C. d'Etat, 29 octobre 1935, *Florin*, R. p. 1003.

(3) DUEZ, op. cit., p. 96.

faute de service et permettront l'action en responsabilité contre le patrimoine administratif devant les tribunaux administratifs » (4) .

Encore faut-il qu'il n'y ait pas disproportion flagrante entre la gravité de la faute imputée à l'agent et l'importance de la faute susceptible d'être reprochée au service. On conçoit qu'en présence de certains crimes de droit commun — assassinats par exemple — dans lesquels la responsabilité personnelle du délinquant est prépondérante, le Conseil d'Etat exige parallèlement, pour admettre le cumul, « une faute d'une particulière gravité » susceptible d'être imputée au service public (5).

64. — Mais il arrive que les faits imputables à l'agent et ceux imputables au service, soient, en pratique, confondus : le départ entre l'infraction pénale et la faute de service ne peut être déterminé. « La faute du service recouvre la faute personnelle », du moins « sur une certaine zone : il y a chevauchement des frontières des deux responsabilités » (1). Dans une espèce *Rappine*, un garde-champêtre, au cours d'une rixe à laquelle il s'était trouvé mêlé, avait frappé son agresseur avec la crosse de son revolver chargé : le Conseil d'Etat a estimé qu'il avait « par l'usage inconsidéré qu'il avait fait de son revolver, commis une faute grave engageant la responsabilité de la commune » (2). Il a été jugé de même que « dans

(4) C. d'Etat, 3 février 1911, *Anguet*, précité ; C. d'Etat, 15 mars 1918, *Baudalet*, R. p. 259 ; C. d'Etat, 14 novembre 1919, *époux Lhuillier*, R. p. 189.

(5) C. d'Etat, 19 mai 1922, *Dourdent*, S. 1924, 3, 9 et la note de M. HAURIOU ; 23 juin 1922, GASPARD, eod. loc. ; 9 mars 1923, *Villesbrune*, R. p. 234 ; 9 novembre 1927, *Guillot-Bodillier*, R. p. 1032 ; 8 novembre 1933, *dame Pasquelin*, R. p. 1023.

64. — (1) DUEZ, op. cit., p. 99.

(2) C. d'Etat, 7 février 1934, *Rappine*, R. p. 188.

les conditions où il avait porté au sieur Boïero des coups qui avaient entraîné pour le requérant une incapacité de travail, le gendarme T. s'était rendu coupable d'une faute grave ; que cette faute personnelle commise par le sieur T., dans l'exercice de ses fonctions, engageait la responsabilité de la puissance publique » (3).

On remarquera même que, dans ces deux espèces, à l'inverse des situations analysées au paragraphe précédent, la gravité de la faute personnelle commise dans l'exercice d'un service public par les agents délinquants, est prise en considération pour établir la responsabilité du service.

Les infractions pénales liées à des accidents de circulation — automobile ou aérienne — fournissent matière à l'application de ce système du cumul proprement dit (4) : le service public assume alors une part de responsabilité, même lorsque le caractère personnel de la faute sanctionnée pénalement est accusé par quelque circonstance aggravante, ivresse ou délit de fuite par exemple (5).

65. — Mais, selon le Conseil d'Etat, au cumul des responsabilités ne doit pas correspondre un cumul des indemnités. Le principe est formellement posé dans l'arrêt Lemonnier : « Il appartient... au juge administratif, s'il estime qu'il y a une faute de service de nature à engager la responsabilité de la puissance publique, de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par elle allouée, les mesures néces-

(3) C. d'Etat, 14 février 1936, *Boïero*, Rec. Gaz. Pal., 1936. 1, 536.

(4) C. d'Etat, 29 juin 1934, *Lallement*, R. p. 753 ; 9 novembre 1928, *Rapin*, R. p. 1153 ; C. d'Etat, 29 décembre 1926, *Bodson*, S. 1927, 3, 107.

(5) C. d'Etat, 14 juin 1918, *dame Carré*, R. p. 590.

saires en vue d'empêcher que sa décision n'ait pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu obtenir d'autres juridictions, à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice causé » (1).

Dans ce même arrêt, le Conseil d'Etat a recours, pour parvenir à ce résultat, au procédé de la subrogation, que depuis lors il substitue, en matière d'infraction pénale, à celui employé jusqu'alors, dit de la garantie : « Il sera fait une juste appréciation du dommage subi par les époux Lemonnier, et dont la commune doit réparation intégrale, en condamnant cette dernière à leur payer la somme de ..., sous réserve toutefois que le paiement en soit subordonné à la subrogation de la commune par les époux Lemonnier jusqu'à la concurrence de la dite somme, aux droits qui résulteraient pour eux des condamnations qui auraient été ou qui seraient définitivement prononcées à leur profit contre le maire, personnellement, à raison du même accident, par l'autorité judiciaire » (2).

La réserve est indispensable. Mais elle révèle le caractère artificiel de la dualité du recours. Il est difficile d'admettre qu'il puisse y avoir, en l'occurrence, deux responsabilités différentes, basées sur deux fautes différentes, mais un seul dommage, compensé par une seule indemnité. Toutefois, le système jurisprudentiel est le seul qui soit compatible avec le

65. — (1) C. d'Etat, 26 juillet 1918, précité.

(2) C. d'Etat, 29 janvier 1936, *dame Papineau*, R. p. 137 ; C. d'Etat, 10 janvier 1934, *consorts Denoyelle*, R. p. 48 ; C. d'Etat, 8 novembre 1933, *dame Pasquelin*, R. p. 1023 ; C. d'Etat 14 juin 1933, *dame Rivoal*, R. p. 630 ; C. d'Etat, 16 mai 1924, *Douillet*, R. p. 480.

principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire : à ce titre, il doit être maintenu.

SECTION III

CAS OU LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'AGENT COEXISTE AVEC SON IRRESPONSABILITÉ CIVILE, MAIS ENTRAÎNE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.

66. Le système du cumul permet d'engager simultanément responsabilité pénale de l'agent et responsabilité civile de la puissance publique à l'exclusion de la responsabilité civile de l'agent. — 67. L'arrêt Thépaz : dissociation formelle de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile de l'agent délinquant. — 68. Le système de l'arrêt Thépaz : avantages et inconvénients quant aux intérêts en cause. — 69. Le système est possible avec la législation actuelle du conflit. — 70. Il est en contradiction avec le principe de l'autorité de la chose jugée et l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle. — 71. La Doctrine est divisée sur la valeur juridique du système. — 72. Maintien du système par le Tribunal des Conflits qui ne cherche pas à limiter expressément son domaine d'application. — 73. Les tentatives des juridictions civiles pour donner un cadre au système.

66. — Depuis une date relativement récente, le Tribunal des Conflits applique, dans des circonstances jusqu'ici toujours à peu près semblables, un système selon lequel la distinction entre la faute personnelle et la faute de service joue indépendamment de toute considération d'ordre pénal. La jurisprudence exposée dans les deux sections précédentes admettait comme inéluctable l'égalité faute pénale-faute personnelle, quitte à accepter la coexistence de la faute pénale personnelle avec la faute de service: cette égalité n'est plus absolue.

Toutefois les règles de procédure qui, à raison d'une infraction pénale, permettent d'engager successivement l'action

publique devant la juridiction répressive, l'action civile contre l'agent, devant la juridiction civile, l'action contre la puissance publique devant la juridiction administrative, permettait déjà, en fait, d'engager la responsabilité pénale de l'agent avec la responsabilité civile de la puissance publique, sans que fût même discutée la responsabilité civile de l'agent délinquant. Il suffisait pour cela que la victime de l'infraction n'ait pas joint son action à l'action publique intentée par le ministère public, et se soit bornée à demander au service réparation du préjudice subi (1). A plus forte raison pouvait-il arriver que si le ministère public, non averti de l'infraction ou volontairement inactif, n'avait pas intenté l'action publique, l'infraction pénale ne connût pas d'autres suites que l'indemnité mise à la charge de la puissance publique.

Un arrêt *Claire*, du Tribunal des Conflits (2), est une application évidente de ce système. A la suite d'un accident occasionné par une voiture automobile affectée au service d'un commandant de gendarmerie et conduite par celui-ci dans l'exercice de ses fonctions, le plaignant, estimant que la voiture marchait à une vitesse excessive, avait assigné l'officier en paiement de dommages intérêts. Le conflit avait été élevé; il fut confirmé par le Tribunal avec des considérants qui méritent d'être cités ici en leur entier, parce qu'ils contiennent en germe les éléments de la jurisprudence qui sera examinée dans la présente section. « Considérant qu'en admettant que le commandant Claire ait commis des contraventions à l'article 10 du décret du 31 septembre 1922, modifié par celui du 12 septembre 1925, en conduisant, lorsque l'accident s'est produit,

66. — (1) C. d'Etat, 29 juin 1934, *époux Lallement*, R. p. 753; Nîmes, 3 avril 1933, D.H. 1933, p. 358.

(2) T. des Conflits, 16 avril 1929, *Claire*, Rec. Gaz. Trib., 1929, 2, 344.

l'automobile affectée à la Compagnie de Gendarmerie, il ne résulte d'aucune des pièces qu'il ait été l'objet d'une poursuite pénale en vertu de l'article 59 de ce décret; que l'autorité judiciaire n'a donc pas été appelée à statuer sur une action civile jointe à la poursuite pénale, dans les conditions de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle, mais sur une action en indemnité engagée par citation donnée au commandant Claire devant le juge de paix par le sieur J., victime d'un dommage résultant de cet accident; considérant que les simples faits d'excès de vitesse et d'inobservation du droit de priorité réservé aux véhicules circulant sur une route nationale, imputés à cet officier supérieur dans l'accomplissement de son service, ne constitueraient pas, s'ils étaient établis, une faute se détachant de l'exercice des fonctions.. »

67. — Or c'est précisément la réserve mentionnant l'inexistence des poursuites pénales, qui disparaît avec l'arrêt inaugural de la jurisprudence nouvelle, exposée ici (1). Il importe de bien préciser les circonstances de l'espèce : un convoi de camions militaires, allant à la vitesse de 20 kms à l'heure, sous les ordres d'un gradé, avait dépassé sur la route un cycliste, le sieur Thépaz, lorsque la remorque d'un de ces camions, à la suite d'un coup de volant donné par son conducteur, le soldat Mirabel, en vue d'éviter le choc du camion le précédant, qui avait brusquement ralenti son allure, a renversé et blessé le cycliste. L'action publique avait été mise en mouvement, en vertu de l'article 320 du Code Pénal, à la re-

67. — (1) T. des Conflits, 14 janvier 1935, *Thépaz*, S. 1935, 3, 17 et la note de M. R. ALIBERT; V. A. MESTRE, *Faute administrative et Faute pénale*, D. H., Chroniques, p. 65 et WALINE, note sous Douai, 4 mars 1935, D. P. 1936, 2, 51.

quête du ministère public, contre Mirabel. Celui-ci avait été condamné par le Tribunal Correctionnel à 25 francs d'amende.

Devant la Cour d'Appel, qui confirme la condamnation pénale, l'Etat qui n'avait pas été mis en cause par la partie civile, intervient pour décliner la compétence de l'autorité judiciaire, aux fins de faire substituer sa responsabilité civile à celle du soldat. Le Tribunal des Conflits confirme l'arrêté de conflit, dans les termes suivants qui constituent les bases du nouveau système jurisprudentiel : « Dans les conditions où il s'est présenté, le fait imputable à ce militaire dans l'accomplissement d'un service commandé, n'est pas constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions ; d'autre part, la circonstance que ce fait a été poursuivi devant la juridiction correctionnelle en vertu des dispositions du nouveau code de justice militaire sur la compétence et puni par application de l'article 320 du Code Pénal, ne saurait, en ce qui concerne les réparations pécuniaires, eu égard aux conditions dans lesquelles il a été commis, justifier la compétence de l'autorité judiciaire, saisie d'une poursuite civile exercée accessoirement à l'action publique... »

68. — L'analyse de l'arrêt permet de constater tout d'abord le soin que le Tribunal des Conflits apporte à ne donner qu'une solution d'espèce, à ne pas laisser croire à l'établissement d'une règle générale. Il expose avec beaucoup de minutie les circonstances de l'accident : il s'agissait d'un camion au milieu d'un convoi, marchant sous les ordres d'un gradé qui en réglait la marche, notamment au point de vue de la vitesse et des distances à observer et à maintenir entre les différents camions. En fait, le convoi tout entier a provoqué l'accident.

Sans examiner encore le développement susceptible d'être

tre apporté aux principes nouveaux contenus dans l'arrêt *Tnépaz*, il convient dès l'abord de rechercher les avantages et les inconvénients qu'il offre du point de vue des intérêts en cause, et d'établir s'il est conforme aux règles fondamentales de la responsabilité et de la procédure requise pour la mettre en œuvre.

Du point de vue de la victime, le système n'apparaît guère favorable. Elle perd la possibilité d'obtenir la réparation pécuniaire du préjudice subi, au cours de l'instance pénale engagée par le ministère public. Il lui faut, avant d'intenter l'action contre la puissance publique, provoquer, de sa part, la décision susceptible de lier le contentieux administratif. La juridiction administrative — Conseil d'Etat, et même Conseil de Préfecture — est plus éloignée du plaideur que la juridiction civile ; la procédure devant cette juridiction est moins connue. Avec le système du cumul des responsabilités, le plaideur pouvait ne se retourner vers la puissance publique que si l'insolvabilité de l'agent délinquant se révélait certaine. Enfin, la victime, de par les règles d'indemnisation suivies et observées par la jurisprudence administrative, peut se trouver lésée dans le calcul de la réparation qui lui sera versée (1).

Il est inutile d'insister longuement pour démontrer que le système ne peut que jouer au détriment des patrimoines publics, puisque les services se trouvent privés de tout recours contre l'agent délinquant. Celui-ci, par contre, est le vrai bénéficiaire de la jurisprudence nouvelle. Certes, il supporte les conséquences pénales de son acte : mais celles-ci, on l'a vu (2), peuvent être limitées à une peine symbolique ; les con-

68. — (1) Voir *supra* n° 65.

(2) Voir *supra*, n° 33.

séquences pécuniaires — les plus lourdes — sont épargnées au délinquant.

69. — Le système est-il conciliable avec toutes les règles de droit ? Certes, le conflit peut être élevé à propos de toute action civile, intentée devant la juridiction civile ou devant la juridiction répressive ; il peut intervenir indifféremment lorsqu'elle est intentée contre l'agent et contre l'agent et la puissance publique tout ensemble. Dans l'arrêt *Thépaz*, il est mentionné que l'Etat n'avait pas été mis en cause par la partie civile ; il est intervenu spontanément pour décliner la compétence de l'autorité judiciaire, aux fins de faire substituer sa responsabilité civile à celle du soldat. C'est pourquoi nous apparaît erronée la position prise par la Chambre Criminelle dans une espèce en beaucoup de points semblable à celle visée par l'arrêt *Thépaz* (1). Un soldat Rhomer était poursuivi pour homicide par imprudence devant le tribunal correctionnel. Les consorts Niederlander s'étaient constitués partie civile en vue d'obtenir du prévenu la réparation du dommage par eux subi ; le jugement fut frappé d'appel : un déclinatoire de compétence fut alors déposé. L'arrêt de la Chambre Criminelle, saisie à son tour de l'affaire, s'exprime ainsi : « Attendu que la Cour d'appel a, par l'adoption des motifs des premiers juges, en ce qui concerne l'action pénale, reconnue le prévenu coupable du délit reproché, qu'elle déclare avoir été commis alors que son auteur était en service commandé ; que cependant elle a, faisant droit au déclinatoire, dit l'autorité judiciaire incompétente pour connaître des conséquences civiles de la faute de service qui a été commise par Rhomer ; mais attendu que le

69. — (1) Cass. Crim., 6 juillet 1938, Rec. Gaz. Pal., 1936, 2, 605.

déclinatoire dont la Cour avait été saisie lui demandait seulement de « se déclarer incompétente pour apprécier la responsabilité civile de l'Etat » ; que cette responsabilité n'avait pas été mise en cause par la partie civile dont l'action était dirigée contre le seul prévenu ; attendu qu'il n'y a pas lieu dès lors d'examiner les conditions auxquelles aurait pu être exercée contre l'Etat français une action en responsabilité à raison du délit retenu à la charge du soldat Rhömer ; et attendu que la Cour d'appel, en se déclarant par des motifs d'une situation juridique qui n'était pas soumise à son examen, incompétente pour statuer sur une demande qui, telle que formulée, rentrait dans sa compétence... ». Il est possible qu'en l'espèce le déclinatoire de compétence n'ait pas été rédigé dans des termes parfaitement précis ; mais son objet ne pouvait faire de doute ; il ne pouvait tendre qu'à décliner la compétence des tribunaux civils pour juger de l'action telle qu'elle leur était soumise, c'est-à-dire contre l'agent délinquant. Si la thèse exprimée dans l'arrêt ci-dessus rapporté de la Chambre Criminelle devait être admise, il ne serait plus possible d'élever utilement le conflit, dès l'instant que l'action civile serait dirigée contre le seul agent. Ce résultat serait, à coup sûr, contraire aux dispositions édictées par l'ordonnance de 1828. Mais il ne s'agit là que d'une question de procédure dont la solution ne préjuge en rien de la solution à donner sur le fond de l'affaire par le Tribunal des Conflits.

70. — Or, précisément, la solution donnée dans l'affaire *Thépaz* est contraire au principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Un individu est déclaré responsable pénalement. Par la suite — ou, en même temps, par la même juridiction — il est déclaré irresponsable civilement. Il n'y a donc plus identité entre l'infraction pénale et le délit ou quasi-

délit civil. « Il semble assez paradoxal d'affirmer qu'une faute constitutive d'un délit n'est pas en réalité imputable à l'individu qui a été condamné définitivement comme auteur du délit. Il paraît difficile d'admettre qu'un individu pénalement responsable d'une faute n'en soit pas responsable civilement, car c'est la négation du principe fondamental de la personnalité des peines, ou plutôt de la personnalité de la responsabilité pénale » (1). Le système du cumul des responsabilités, basé sur la dualité des fautes, n'encourt pas la même critique.

La décision *Thépaz* apporte, par ailleurs, une entrave à l'application de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle : l'action civile ne peut plus être portée devant la juridiction répressive. Certes, la jurisprudence du Tribunal des Conflits déclarait, jusqu'alors, irrecevable l'action en responsabilité intentée devant la juridiction répressive contre la puissance publique : mais il n'était pas question de soustraire à cette compétence l'action civile contre l'agent délinquant, la seule, au reste, que pouvait viser l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle. Sur ce point, la décision *Thépaz* nous apparaît en opposition formelle avec la loi pénale.

71. — La Doctrine n'est pas unanime sur le jugement qu'il convient de porter sur le système proposé par l'arrêt *Thépaz*. Pour certains auteurs, il semble devoir être admis sans qu'il soit même nécessaire de soulever les points que nous avons signalés ci-dessus : il constituerait une conséquence logique — encore que non dégagée jusqu'alors — des principes généraux antérieurement admis. M. Duez (1) rappelant l'énumération donnée en 1909 par M. Jèze des cas constitutifs de

70. — (1) WALINE, note sous Douai, 4 mars 1935, précitée.

71. — (1) DUEZ, op. cit., p. 93.

faute personnelle, (2) écrit : « Il y a faute personnelle en cas de faute lourde délictueuse. La violation par le fonctionnaire d'une loi pénale lui interdisant formellement d'accomplir l'acte reproché, constitue manifestement la faute personnelle engendrant la responsabilité de l'agent. Dans une décision *Thépaz*, du 14 janvier 1935, le Tribunal des Conflits a opéré révision partielle de cette formule en déclarant que l'infraction pénale ne constitue pas nécessairement et automatiquement une faute se détachant de l'exercice des fonctions. »

Pour M. APPLETON (3), la nouvelle jurisprudence paraît bien aussi devoir être acceptée sans difficultés : « Un fait constituant un délit pénal ne doit pas toujours et nécessairement être considéré comme une faute personnelle du fonctionnaire engageant sa responsabilité civile envers les tiers. Tel serait par exemple un fait constituant l'élément matériel du délit d'homicide ou blessure involontaire commis par le fonctionnaire au cours de l'exercice de ses fonctions, lorsque les circonstances sont particulièrement atténuantes, l'imprudence particulièrement légère et le fait reproché très étroitement lié au service exécuté. »

Cette même opinion était formellement exprimée, avant la décision *Thépaz*, par MM. Mazeaud (4) : « L'agent qui se rend coupable d'une infraction ne commet pas nécessairement une faute personnelle. Ainsi en est-il des infractions par imprudence..... La juridiction civile ou répressive doit se déclarer incompétente. L'agent qui commet une faute de service constitutive d'une infraction, n'est pas civilement responsable ».

M. ALIBERT accepte le système, en soulignant même les

(2) JÈZE, note à la R.D.P.

(3) APPLETON, op. cit., supplément 1936, n°s 126-127.

(4) MAZEAUD (H. et L.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, 1^{re} ed., n° 2006.

anomalies juridiques qu'il comporte (5) : « Le caractère spécial de l'infraction anéantit la personnalité de l'agent. Celui-ci sera condamné en police correctionnelle parce que la loi n'applique les peines qu'aux personnes physiques; mais, — la part de cette nécessité légale étant faite, — le service assumera la responsabilité d'un acte dont la cause lui appartient intégralement en propre, nonobstant l'élément tout à fait accessoire de sa qualification pénale; il assumera seul les risques d'une opération qui ne regarde que lui, comme seul il bénéficie des avantages qu'elle peut procurer. »

Pour d'autres, au contraire, la solution proposée ne saurait être acceptée sans de très sérieuses réserves. M. WALINE (6) semble admettre qu'une infraction pénale ne constitue pas nécessairement et automatiquement une faute personnelle, mais il voudrait que, dans les cas où elle doit être considérée comme une faute de service, la faute ne donne pas lieu à condamnation pénale de l'agent. Il estime, aussi bien, que tel est le raisonnement tenu par les juridictions civiles quand elles appliquent le système *Thépaz* : « La Cour ne pouvait, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée, se livrer à une critique expresse du jugement correctionnel. Mais il nous semble qu'elle regrette ce jugement, qu'elle ne l'approuve pas. Ne pouvant mettre à néant un jugement dont il n'a pas été fait appel, elle s'efforce tout au moins d'en restreindre les conséquences au point de vue strictement pénal, et c'est cette impossibilité d'exprimer toute sa pensée sur le bien fondé de la condamnation pénale qui l'a gênée dans la rédaction de son arrêt, au point de lui faire émettre des affirmations qui contre-

(5) R. ALIBERT, Note sous T. des Conflits, 14 janvier 1935, S. 1935, 3, 17.

(6) WALINE, note sous Douai, 4 mars 1935, D.P. 1936, 2, 51.

disent le principe fondamental de la personnalité des peines ».

Pour M. MESTRE (7), enfin, le système inauguré par l'arrêt *Thépaz* présente des avantages certains; mais il est en opposition formelle avec plusieurs règles ou principes fondamentaux sur lesquels il est dangereux de revenir par la simple voie jurisprudentielle et qui ne pourraient être modifiés par la voie législative. Aussi M. MESTRE préconise-t-il l'adaptation du système aux principes juridiques — et à la simple logique — par la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public.

72. — Quoiqu'il en soit, le Tribunal des Conflits a persévéré, depuis lors, dans la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Thépaz* (1), que les poursuites civiles aient été intentées conjointement aux poursuites pénales ou distinctement. Par ailleurs des Tribunaux et des Cours d'Appel ont fait directement application du nouveau système (2).

Est-il alors possible aujourd'hui, quelque soit le jugement porté sur sa valeur doctrinale — de dégager les conditions d'application du principe posé dans l'arrêt *Thépaz* ?

(7) MESTRE, *Faute administrative et faute pénale*, op. cit.

72. — (1) T. des Conflits, 25 juillet 1938, *Navarre*, Gaz. Trib., 27 novembre 1938; 13 juillet 1938, *Desjardins*, Gaz. Trib., 9 novembre 1938; 6 décembre 1937, 3 espèces : *Champeil*, *Schmitt*, *Cornu*, Gaz. Trib., 21 mai 1938; 25 octobre 1937, *cons. du Terrail*, Gaz. Trib., 14 avril 1938; 21 juin 1937, *Garcia di Lamazzio*, Gaz. Trib., 13 janvier 1938; 25 mai 1936, *Moulay Omar ben Moulay Ali*, Rec. Gaz. Trib., 1936, 2, 368; 4 mai 1936, *Martinot*, Rec. Gaz. Trib. 1936, 2, 334; 4 mai 1936, *dame Duplan*, Rec. Gaz. Trib. 1936, 2, 332; 30 mars 1936, *Marladot*, Rec. Gaz. Trib. 1936, 2, 263.

(2) Dijon, 17 novembre 1936, Rec. Gaz. Pal. 1937, 1, 119; Douai, 23 janvier 1936, Rec. Douai 1937, 74; Trib. Civ. de Bar-le-Duc, 19 novembre 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935, 2, 932; Paris, 15 mai 1935, Rec. Gaz. Pal., 1935, 2, 257; Douai, 4 mars 1935, D.P. 1936, 2, 53 et la note de M. WALINE et Rec. Gaz. Pal. 1935, 1, 816, avec les conclusions de M. l'avocat général DORLY.

A dire le vrai, le Tribunal des Conflits s'est, à ce jour, borné à des décisions d'espèce, énonçant en une formule absolue, l'absence de lien nécessaire et inéluctable entre condamnation pénale de l'agent et condamnation civile de l'agent. Toutefois, on ne peut manquer d'être frappé par le fait que toutes les décisions du Tribunal des Conflits sont rendues à propos des délits d'imprudence (homicide ou blessures par imprudence), et, à une exception près qui vise le conducteur d'une voiture des Postes (3), en faveur de militaires, officiers, gradés ou simples soldats.

73. — Par contre, les jugements et arrêts des juridictions civiles contiennent des indications très intéressantes sur le cadre dans lequel il conviendrait de faire application du nouveau système. Il doit pouvoir s'appliquer indépendamment de toute considération relative à la nature du lien qui unit l'agent à la puissance publique. On a vu ci-dessus que le Tribunal des Conflits le faisait jouer non seulement en faveur des militaires accomplissant leur service militaire obligatoire, mais encore en faveur des officiers de carrière. La jurisprudence civile confirme cette généralité d'application, et les arrêts civils rendus conformément aux indications du Tribunal des Conflits concernent des agents civils, tels que des fonctionnaires du service des Ponts-et-Chaussées (1), ou du service des Postes et Télégraphes (2), aussi bien que des militaires (3), des agents

(3) T. des Conflits, 21 juin 1937, *Garcia di Lamazzio*.

73. — (1) Douai, 4 mars 1935, D.P. 1936, 2, 52.

(2) Dijon, 17 novembre 1936, Rec. Gaz. Pal. 1937, 1, 119.

(3) Bastia, 11 mai 1935, Rec. Gaz. Pal., 1935, 2, 258; Trib. civ. de Bar-le-Duc, 19 novembre 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935, 2, 932.

nommés aussi bien que des agents élus (4). Il n'est donc pas possible de dire que le bénéfice de la jurisprudence nouvelle doit être réservé à la seule catégorie des militaires : mais sans nul doute, ils figurent parmi ceux des agents de la puissance publique les plus susceptibles d'en profiter (5).

Le criterium qui permettrait une application raisonnable du système, a été cherché dans la nature de l'infraction pénale. M. ALIBERT a proposé (6) l'initiative et l'intention, « l'initiative étant le fait pour un fonctionnaire d'accomplir, proprio motu, dans l'exercice de ses fonctions, un acte étranger à l'exécution du service, ou même inutile pour cette exécution », « l'intention révélant, selon la formule consacrée de Laferrière, l'homme avec ses faiblesses et ses passions ». Certaines décisions de la jurisprudence civile concordent avec cette thèse. Tout d'abord, et en dépit de certaines résistances formelles (7), un très fort courant se dessine pour l'appliquer à l'occasion des contraventions et des délits non intentionnels, tels que homicide ou blessures par imprudence (8), à condition toutefois qu'on ne se trouve pas en présence d'une « imprudence caractérisée » (9).

En second lieu, la bonne foi peut être prise en considération. Un maire pour constater une infraction au Code du Travail, s'était introduit nuitamment dans une usine; il lui est appliqué (10) la sanction prévue par l'article 184 du Code Pé-

(4) Trib. correct. de Bar-le-Duc, 12 février 1936, Rec. Gaz. Pal. 1936, 1, 847.

(5) MESTRE, *Faute administrative et faute pénale*, article précité.

(6) Note sous T. des Conflits, 14 janvier 1935, précitée.

(7) Trib. correct. de la Seine, 27 novembre 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935, 2, 932.

(8) Trib. civ. de Bar-le-Duc, 19 novembre 1935; Paris, 15 mai 1935; Douai, 4 mars 1935, précités.

(9) Bastia, 11 mai 1935, Rec. Gaz. Pal., 1935, 2, 258.

(10) Trib. correct. de Bar-le-Duc, 12 février 1936, précité.

nal relatif à la violation de domicile « attendu qu'il lui était facile de vérifier, sans se livrer à une manifestation aussi agressive et irritante... ; que son acte révèle une malice certaine qui caractérise nettement le fait personnel... » Par contre, il a été jugé (11) que la juridiction correctionnelle qui, à l'occasion d'une collision entre un camion militaire et un tramway, a compétence pour juger de l'infraction de droit commun commise par le militaire du camion, est incompétente pour statuer sur les réparations civiles, si le conducteur se trouvait en service commandé et n'avait commis l'acte reproché que pour exécuter avec diligence la mission urgente dont il avait été chargé par ses chefs (transport d'un peloton de gardes mobiles de la caserne au commissariat central de police).

A plus forte raison, le système peut-il être appliqué lorsque le risque de commettre le délit est en quelque sorte imposé à l'agent par la puissance publique elle-même, comme dans le cas où un gendarme commet le délit de blessures par imprudences en prenant une leçon de conduite automobile « prescrite et imposée par l'autorité militaire sur la voie publique » alors qu'il est encore ignorant du règlement sur la circulation (12).

(11) Douai, 23 janvier 1936, *Rec. Douai*, 1937, 74.

(12) Paris, 15 mai 1935, *Rec. Gaz. Pal.*, 1935, 2, 257.

Conclusion

Les problèmes soulevés par l'infraction pénale commise dans le fonctionnement des services publics sont complexes. Les solutions apportées par la jurisprudence répressive, civile et administrative, traduisent cette complexité. Du point de vue strictement pénal, la solution est relativement simple. Il s'agit à la fois d'assurer le fonctionnement régulier des services publics et de maintenir le principe selon lequel toute infraction pénale doit être sanctionnée pénalement. La jurisprudence a dégagé les conditions auxquels des faits constitutifs de délit perdent ce caractère quand ils sont liés au fonctionnement d'un service public. Dans les cas, tout à fait exceptionnels, où ces conditions se trouvent remplies, il n'y a plus infraction pénale et l'on ne peut parler de privilège au bénéfice d'un agent de la puissance publique délinquant, si celui-ci ne peut être l'objet d'une sanction pénale.

Le jeu normal des dispositions du droit pénal permet, au reste, de tenir compte, dans la fixation de la peine, des circonstances particulières qui entourent l'infraction. Il n'apparaît donc pas désirable d'établir, dans le domaine du droit pénal, une distinction entre infraction personnelle et infraction de service. Dans l'état actuel du droit, la première seule serait passible d'une sanction pénale; et nous avons montré les difficultés théoriques et pratiques que rencontrerait la reconnaissance de la responsabilité pénale de la puissance publique. Il apparaît donc bien que le système appliqué par la jurispru-

dence en ce qui concerne la répression pénale doit être accepté en son entier. L'agent de la puissance publique répond pénalement de l'infraction pénale dont il est l'auteur.

Par contre, la distinction, impossible à admettre en l'état actuel du droit en matière pénale, est consacrée par la jurisprudence en matière civile : le délit civil, commis dans le fonctionnement des services publics, constitue une faute personnelle ou une faute de service, imputable à l'agent ou à la puissance publique. Or, il ne nous paraît pas possible d'admettre qu'une faute pénale, imputée à un agent de la puissance publique qui en supporte les conséquences pénales, ne soit pas en même temps, si elle a entraîné des dommages au détriment d'un particulier, une faute personnelle, imputable, civilement, au même agent. C'est pourquoi nous croyons devoir formuler les plus expresses réserves sur la valeur juridique du système instauré par l'arrêt *Thépaz*.

L'application des règles du droit civil relative à la responsabilité du commettant ne saurait, en aucune façon, être envisagée, quels que soient les arguments de procédure invoqués. Dès lors, l'identité faute pénale-faute personnelle joue au détriment de la victime qui, bien souvent, ne trouve pas dans le patrimoine de l'agent une garantie suffisante de la réparation du préjudice par elle subi. Mais la théorie jurisprudentielle du cumul des responsabilités permet de mettre en cause la responsabilité civile de la puissance publique, même au cas d'infraction pénale de l'agent.

Le système du cumul offre donc, au bénéfice de la victime, le maximum de garanties compatible avec le maintien des règles essentielles du droit public. Vouloir lui substituer un régime analogue à celui du droit privé, c'est admettre la révision de ces règles considérées aujourd'hui encore comme fondamentales.

Certes, l'agent peut être amené, si aucune action n'est intentée contre la puissance publique, à supporter seul les conséquences civiles de l'infraction. Qu'il y ait là une injustice parfois choquante, on ne saurait le nier. Il apparaît cependant difficile d'y remédier sur le terrain de l'instance civile, et la mise en mouvement de la procédure du conflit conformément au système inauguré par l'arrêt *Thépaz* nous paraît non seulement contraire au principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, mais encore dangereux pour la victime qui se voit privée du bénéfice de pouvoir invoquer la sanction pénale.

Vu, le Doyen :

RIPERT,

Vu, le Président :

MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

ROUSSY.

Bibliographie

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALIBERT (R.). — *Le contrôle juridictionnel de l'administration.*
- APPLETON. — *Traité élémentaire du Contentieux administratif*, 1927, Supplément 1936.
- BÉQUET, LAFERRIÈRE et DISLÈRE. — *Répertoire du Droit administratif.*
- BERTHÉLÉMY. — *Traité élémentaire de Droit administratif.*
- DALLOZ. — *Code des Lois politiques et administratives.*
— *Répertoire de législation et suppléments.*
— *Répertoire pratique de législation et suppléments.*
- DARESTE. — *Voies de recours contre les actes de puissance publique.*
- DONNEDIEU DE VABRES. — *Traité élémentaire de Droit Criminel.*
- DUEZ. — *La responsabilité de la puissance publique en dehors des contrats*, 1938.
- DUGUIT. — *Traité général de Droit administratif appliqué.*
— *Les transformations du droit public.*
— *L'Etat, le Gouvernement et les Agents.*
- GARRAUD. — *Traité de Droit Pénal.*
— *Précis de Droit Pénal.*
- HAURIOU. — *Précis de Droit administratif.*
- JACQUELIN. — *Principes du Contentieux administratif.*
- JÈZE. — *Les principes généraux du Droit administratif.*

- LAFERRIÈRE (E.). — *Traité de la juridiction administrative.*
LALOU. — *La responsabilité civile.*
MAZEAUD (H. et L.). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile.*
MICHOD et TROTABAS. — *Théorie de la personnalité morale.*
ROLLAND. — *Précis de droit administratif.*
ROUX. — *Cours de Droit Criminel.*
TEISSIER. — *La responsabilité de la puissance publique.*
VIDAL et MAGNIOL. — *Cours de Droit Criminel et de Science pénitentiaire.*
WALINE. — *Manuel élémentaire de droit administratif.*

OUVRAGES SPÉCIAUX

- ALIBERT (J.). — *Obligations et responsabilités des distributeurs d'énergie électrique*, Thèse, Paris, 1937.
BERTEAUD. — *La responsabilité personnelle des fonctionnaires envers les particuliers*, Thèse, Bordeaux, 1922.
BONNARD. — *La responsabilité civile et pénale des agents en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne*, Thèse Rennes, 1914.
BOUGRAT. — *L'obéissance hiérarchique*, Thèse, Paris, 1934.
CLERC. — *La responsabilité de l'Etat dans la circulation des automobiles militaires*, Thèse, Paris, 1932.
COT. — *La responsabilité des fonctionnaires publics*, Thèse, Paris, 1921.
COUZINET. — *Etude sur la responsabilité des groupements administratifs*, Thèse, Toulouse, 1912.
DEBEYRE. — *La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique*, Thèse, Lille, 1936.
DEFRÉNOIS. — *La faute du service public*, Thèse, Bordeaux, 1937.

- DEPAULE. — *Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires*, Thèse, Toulouse, 1902.
- DESGRANGES. — *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Thèse, Poitiers, 1937.
- DIVANACH. — *La responsabilité civile des fonctionnaires*, Thèse, Rennes, 1935.
- DUPEYROUX. — *Faute personnelle et faute du service public*. Thèse, Paris, 1922.
- FAIRÉ. — *Transformation des principes de la responsabilité en droit public et en droit privé*, Thèse, Paris, 1923.
- GESTIN. — *Cumul des responsabilités de l'agent et de la personne morale administrative*, Thèse, Rennes, 1928.
- HÉBRAUD. — *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Thèse, Toulouse, 1929.
- LUCHET. — *L'arrêt Blanco*, Thèse, Nancy, 1935.
- MASTEAU. — *La responsabilité de l'Etat*, Thèse, Poitiers 1926.
- MATHIOT. — *Les accidents causés par les travaux publics*, Thèse, Paris, 1934.
- MESTRE. — *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Thèse, Paris, 1899.
- NESMES-DESMARETS. — *De la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire*, Thèse, Montpellier, 1910.
- NÉZARD. — *Théorie de la fonction publique*, Thèse, Paris 1901.
- PERRAUD-CHARMENTIER. — *De la responsabilité civile des personnes publiques dans les accidents d'automobile*. Répertoire Commaille, 1936.
- PIGNIER. — *Principes de compétence en matière de responsabilité administrative*, Thèse, Paris, 1932.
- PLANTÉ. — *De la mise en jugement des fonctionnaires*, Thèse Toulouse, 1910.

- ROGER. — *De la responsabilité civile de l'Etat*, Thèse, Montpellier, 1900.
- SOURDOIS. — *De l'évolution du fondement et de l'étendue de la responsabilité de l'Etat*, Thèse, Bordeaux, 1908.
- TIRARD. — *La responsabilité de la puissance publique*, Thèse Paris, 1906.
- VALEUR. — *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américain*, 1931.

ARTICLES DE REVUE

- JOSEPH-BARTHÉLÉMY. — L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents, *R.D.P.*, 1914, p. 537.
- FLINIAUX. — Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative, *R. D. P.*, 1921, p. 333.
- JÈZE. — Notes ou articles à la *R. D. P.* 1926, p. 5.
- | | | | |
|---|---|---|---------------|
| » | » | » | 1924, p. 605. |
| » | » | » | 1923, p. 426. |
| » | » | » | 1923, p. 5. |
| » | » | » | 1919, p. 41. |
| » | » | » | 1918, p. 42. |
| » | » | » | 1916, p. 378. |
| » | » | » | 1914, p. 572. |
| » | » | » | 1910, p. 76. |
| » | » | » | 1909, p. 262. |
| » | » | » | 1907, p. 267. |
| » | » | » | 1906, p. 699. |
| » | » | » | 1905, p. 563. |
- LAROCHE. — Les conflits positifs d'attribution, *R. D. P.*, 1932, p. 5.
- MESTRE. — Faute administrative et faute pénale, *D. H.* 1935,

Chroniques, p. 65.

- Rapport à la Société des Prisons, *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, 1929, p. 246 et ss.

MICHOUD. — De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes et de ses agents, *R. D. P.* 1895, p. 28.

- La responsabilité des communes, *R. D. P.*, 1897, p. 41.

NOTES D'ARRÊT

ALIBERT (R.). — Note sous T. des Conflits, 14 janvier 1935, *Thépaz*, S. 1935, 3, 17.

- Note sous T. des Conflits, 27 novembre 1933, *Verbanck*, et C. d'Etat, 9 février 1934, *Mabille*, S. 1934, 3, 33.

- Note sous T. des Conflits, 11 juillet 1933, *Mélinette*, S. 1933, 3, 97.

APPERT. — Note sous Cass. Civ., 2 mai 1906, S. 1908, 1, 129.

APPLETON. — Notes sous Cass.. Crim. 30 mars 1933, D.P. 1934, 1, 175.

- T. des Conflits, 27 février 1933, *Cie d'Assurances Rhin et Moselle*, D.P. 1933, 3, 41.

- T. des Conflits, 4 juillet 1932, *Damiens*, D. P. 1933, 3, 1.

- Cass. Crim. 20 novembre 1931, D.P. 1932, 1, 16.

- Cass. Crim. 28 mai 1930, D.P. 1930, 1, 161.

- C. d'Etat 9 novembre 1928, *Rapin*, D.P. 1929, 3, 1.

- C. d'Etat 22 décembre 1924, *Société des Travailleurs réunis*, D.P. 1925, 3, 9.

- C. d'Etat 28 mars 1924, *Poursines*, D.P. 1924, 3, 49.

- Cass. Crim. 15 mars 1923, D.P. 1923, 1, 137.

- Cass. Civ. 8 et 24 janvier 1923, D.P. 1923, 1, 33.
- Cass. Civ. 5 janvier 1921, D.P. 1921, 1, 17.
- C. d'Etat, 1^{er} août 1919 etc.. D.P. 1920, 3, 1.
- Cass. Civ. 27 novembre 1918, D.P. 1919, 1, 17.
- Cass. Crim. 21 mars 1918, D.P. 1921, 1, 41.
- Cass. Crim. 14 février 1902, D.P. 1903, 1, 101.
- BLAEVOËT. — Note sous T. des Conflits, 11 juillet 1933, *Mélinette*, D.P. 1933, 3, 65.
- BONNARD. — Note sous Cass. Civ. 30 décembre 1930, S. 1931, 1, 217.
- Note sous Cass. Crim. 28 mai 1930, S. 1930, 1, 393.
- DEVAUX. — Note sous Colmar, 13 octobre et 17 novembre 1924, D.P. 1925, 2, 59.
- DUGUIT. — Note sous Cass. Crim. 21 mars 1918, S. 1918-19, 1, 17.
- Note sous Bordeaux, 19 juin 1917, S. 1918-19, 2, 1.
- HAURIUO. — Note sous C. d'Etat, 29 décembre 1926, *Bodson*, S. 1927, 3, 105.
- Note sous C. d'Etat, 22 décembre 1924, *Société d'Assurances des Travailleurs réunis*, S. 1926, 3, 1.
- Note sous T. des Conflits, 26 mai 1924, *veuve Limetti*, S. 1924, 3, 49.
- Note sous C. d'Etat, 28 mars 1924, *Poursines*, et 8 février 1924, *Raymond*, S. 1926, 3, 17.
- Note sous C. d'Etat, 7 juillet 1922, *Le Gloahec*, S. 1922, 1, 33.
- Note sous C. d'Etat, 23 juin 1922, *Gaspard*, et 19 mai 1922, *Dourdent*, S. 1924, 3, 9.
- Note sous C. d'Etat, 26 juillet 1918, *Lemonnier*,

- S. 1918-19, 3, 41.
- Note sous C. d'Etat, 3 février 1911, *Auguet*, S. 1911, 3, 137.
- Note sous C. d'Etat, 8 mai 1896, *Gilotte*, S. 1897, 3, 113.
- Note sous C. d'Etat, 9 mars 1894, *Cie Parisienne du Gaz*, S. 1895, 3, 105.
- HUGUENEY. — Note sous Cass. Crim. 23 novembre 1935, S. 1936, 1, 393.
- LALOU. — Note sous Dijon, 21 janv. 1914, D.P. 1914, 2, 129.
- MESTRE. — Note sous Cass. Civ. 5 janvier 1921, S. 1922, 1, 177.
- Note sous Cass. Civ. 27 novembre 1918, S. 1921, 1, 353.
- Note sous Cass. Req. 5 juin 1918, S. 1918-19, 1, 209.
- Note sous Toulouse, 21 juillet 1909, S. 1911, 2, 281.
- NAST. — Note sous Cass. Crim. 7 mars 1918, D.P. 1921, 1, 217.
- PERREAU. — Note sous Cass. Crim., 20 février 1896, S. 1897, 1, 473.
- POLITIS. — Note sous Cass. Crim. 2 mai 1906, D.P. 1909, 1, 97.
- PORCHÉ. — Note sous T. des Conflits, 17 novembre 1917, *Bailly*, D.P., 1918, 3, 1.
- ROUX. — Note sous Cass. Crim. 13 mars 1923, S. 1923, 1, 385.
- TROTABAS. — Note sous C. d'Etat, 1^{er} juillet 1927, *Demoreuil*, D.P. 1928, 3, 21.
- WALINE. — Note sous Douai, 4 mars 1935, D.P. 1936, 2, 51.
- Note sous T. des Conflits, 9 février 1934, *Mabille* et 27 novembre 1933, *Verbanck*, D.P. 1934, 3, 9.
- Note sous C. d'Etat, 12 juillet 1929, *Vesin*, D.P., 1930, 3, 2.

Table des Matières



Introduction

1. La possibilité de l'infraction pénale dans le fonctionnement des services publics. — 2. Intérêts, principes et problèmes en cause. — 3. La nécessité d'étudier distinctement et successivement la responsabilité pénale et la responsabilité civile. — 4. Limites et divisions générales du sujet 7

TITRE PREMIER

La responsabilité pénale en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement des services publics.

Généralités

5. Le problème est, en droit positif, limité à la responsabilité pénale de l'agent. — 6. La responsabilité pénale de la puissance publique est concevable. — 7. Division du Titre Premier 15

CHAPITRE PREMIER

La responsabilité pénale de l'agent de la puissance publique.

Généralités

8. Le principe de la liberté des poursuites pénales contre les agents de la puissance publique et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. — 9. Division du Chapitre Premier 17

Section I. La procédure pour la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'agent.

- § 1. *Introduction de l'Instance.* — 10. L'ancien régime de l'autorisation préalable selon l'article 75 de la Constitution de l'An VIII. — 11. L'application de l'article 75 par la Cour de Cassa-

tion et par le Conseil d'Etat. — 12. L'abrogation de l'article 75.
— 13. La liberté des poursuites pénales contre les agents de la
puissance publique. — 14. Limites actuelles de la liberté des
poursuites 18

§ 2. *La compétence.* — 15. La reconnaissance de la responsabi-
lité pénale dépend de la compétence des tribunaux de droit com-
mun. — 16. La Cour de Cassation, gardienne du principe de la
séparation des autorités administrative et judiciaire en matières
de poursuites pénales. — 17. L'interdiction du conflit dans les
matières criminelle et correctionnelle. — 18. La validité du con-
flit élevé sur l'action civile ; ses effets sur l'action publique .. 29

*Section H. Les conditions requises pour la reconnaissance de la res-
ponsabilité pénale de l'agent.*

§ 1. *La notion de fait détachable de la fonction ou de l'acte admi-
nistratifs.* — 19. Des faits peuvent perdre le caractère délictuel
lorsqu'ils se rattachent à l'exercice d'une fonction publique. —
20. Il appartient à la juridiction répressive d'apprécier, du point
de vue de la répression pénale, la valeur du lien. — 21. La juris-
prudence du Tribunal des Conflits relative aux infractions pé-
nales dont les éléments doivent être recherchés dans un acte ad-
ministratif écrit 35

§ 2. *Des liens qui permettent de détacher de la fonction publique
ou de l'acte administratif des faits constitutifs d'une infraction
pénale.* — 22. La qualité d'agent de la puissance publique. —
23. La nature des fonctions, le grade et le mode de recrutement
de l'agent. — 24. L'exercice des fonctions. — 25. Le respect des
prescriptions légales ou réglementaires, l'ordre hiérarchique. —
26. La bonne foi. — 27. La nature de l'infraction. — 28. Le ca-
ractère intentionnel de l'infraction. — 29. La gravité de l'infra-
ction 40

§ 3. *Des liens qui ne permettent pas de détacher de la fonction
publique ou de l'acte administratif des faits constitutifs d'une in-
fraction pénale.* — 30. Les dérogations légales à la loi pénale. —
31. L'exécution administrative d'une mesure ou d'une décision
légalement prise. — 32. Délit nécessaire, délit impossible 59

Section III. Les atténuations à la rigueur de l'application de la loi pénale aux agents de la puissance publique.

33. L'influence des circonstances administratives sur la fixation de la peine. — 34. Le hasard des poursuites pénales. — 35. Atténuations à la rigueur des conséquences patrimoniales de la responsabilité pénale. — 36. Insuffisance des sanctions disciplinaires. — 37. La substitution de la responsabilité pénale de la puissance publique à celle de l'agent 63

CHAPITRE SECOND

La responsabilité pénale de la puissance publique.

38. Le problème général de la responsabilité pénale des personnes morales. — 39. Les aspects originaux du problème de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public. — 40. Les difficultés pratiques que soulève l'établissement de cette responsabilité pénale. — 41. La jurisprudence actuelle. — 42. L'avenir de la jurisprudence 70

TITRE SECOND

La responsabilité civile en cas d'infraction pénale dans le fonctionnement des services publics.

Généralités

43. Quel est le fondement de la responsabilité de la puissance publique en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement d'un service public ? 79

CHAPITRE PREMIER

La procédure pour la mise en œuvre des responsabilités civiles en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement des services publics.

Section I. Le Fondement de la responsabilité civile de la puissance publique.

44. Article 1384 du Code Civil (responsabilité du commettant ou faute de service). — 45. L'application de l'article 1384 en droit commun. — 46. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation,

seule, le reconnaît comme fondement de la responsabilité de la puissance publique. — 47. L'article 1384 est inapplicable à la puissance publique. — 48. Quelles que soient les fonctions de l'agent et la nature du service. — 49. La responsabilité de la puissance publique ne peut être engagée que par application de la théorie de la faute de service. — 50. Conséquences quant à la procédure 81

Section II. La procédure pour la mise en œuvre des responsabilités civiles.

- § 1. *La responsabilité civile de l'agent de la puissance publique.*
 51. Application des règles du droit commun. — 52. La compétence : l'option entre la juridiction civile et la juridiction répressive. — 53. Dispositions spéciales du Code de Justice militaire 92
- § 2. *La responsabilité civile de la puissance publique.* — 54. La compétence administrative ; la restriction apportée par la Chambre Criminelle par application de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle. — 55. Réfutation de la thèse de la Chambre Criminelle. — 56. Indépendance absolue de l'action contre l'administration vis-à-vis de l'action contre l'agent : prescription ; autorité de la chose jugée 95

CHAPITRE SECOND

Les responsabilités civiles de l'agent et de la puissance publique en cas d'infraction pénale commise dans le fonctionnement des services publics.

57. Division du Chapitre Second 100

Section I Cas où la responsabilité pénale de l'agent exclut toute responsabilité civile de la puissance publique.

58. Le principe de l'identité de la faute pénale et de la faute personnelle. — 59. L'incompatibilité de la faute personnelle et de la faute de service, selon la jurisprudence ancienne. — 60. Abandon successif de ces deux principes 101

Section II Cas où la responsabilité pénale de l'agent est compatible avec le cumul de la responsabilité civile de l'agent et de la responsabilité civile de la puissance publique.

61. Le cumul des responsabilités de la puissance publique et de l'agent délinquant. — 62. Les conditions auxquelles il peut être reconnu dans le cas d'infraction pénale. — 63. La faute de service est distincte des faits qui constituent l'infraction pénale. — 64. La faute de service doit être recherchée dans ces faits eux-mêmes. — 65. La règle du non cumul des indemnités 103

Section III. Cas où la responsabilité pénale de l'agent coexiste avec son irresponsabilité civile, mais entraîne la responsabilité civile de la puissance publique.

66. Le système du cumul permet d'engager simultanément responsabilité pénale de l'agent et responsabilité civile de la puissance publique à l'exclusion de la responsabilité civile de l'agent. — 67. L'arrêt *Thépaz* : dissociation formelle de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile de l'agent délinquant. — 68. Le système de l'arrêt *Thépaz* : avantages et inconvénients quant aux intérêts en cause. — 69. Le système est possible avec la législation actuelle du conflit. — 70. Il est en contradiction avec le principe de l'autorité de la chose jugée et l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle. — 71. La doctrine est divisée sur la valeur juridique du système. — 72. Maintien du système par le Tribunal des Conflits qui ne cherche pas à limiter expressément son domaine d'application. — 73. Les tentatives des juridictions civiles pour donner un cadre au système .. 112

Conclusion 126

Bibliographie 129

Table des Matières 136

